

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS  
DIREITO ADMINISTRATIVO



**POR UMA LEITURA CONTEMPORÂNEA DO REGIME JURÍDICO DAS  
EMPRESAS ESTATAIS BRASILEIRAS:**

**A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1º DA LEI n. 13.303/2016**

ARTUR DE SOUSA CARRIJO

LISBOA  
2019

ARTUR DE SOUSA CARRIJO

**POR UMA LEITURA CONTEMPORÂNEA DO REGIME JURÍDICO DAS  
EMPRESAS ESTATAIS BRASILEIRAS:**

**A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1º DA LEI n. 13.303/2016**

Dissertação de mestrado apresentada ao  
Gabinete de Estudos Pós-graduados da  
Faculdade de Direito da Universidade de  
Lisboa, como requisito parcial para a obtenção  
do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídico-  
Políticas – Direito Administrativo.

Orientador: Professor Doutor David Duarte.

LISBOA  
2019

À Carolina  
Que sem mudar nada na minha vida, mudou  
tudo. Já são tantos anos! Impossível traduzir a  
gratidão que sinto. Sem você, nada disso seria  
possível.

À Ana,  
Minha filha. Tão pequena e tão amada.  
Você me deu um novo olhar e me mostrou que  
a vida já vem...

## AGRADECIMENTOS

Uma realização como a presente jamais é concebida como um mérito exclusivo. Pelo contrário, há tão pouco de mim e há tanto de outras pessoas sem as quais tudo não passaria de um sonho distante. É preciso prestar uma singela homenagem, ainda que se corra o risco de não fazê-la apropriadamente e nem à altura do que é devido.

Sou muito grato à acolhida que recebi em Portugal e à indescritível vivência acadêmica e pessoal que tive. Nada na vida acontece ao acaso e, no período em que vivi em Lisboa, foram sedimentadas compreensões que marcarão toda a minha vida

Agradeço a todos os colegas portugueses a experiência proporcionada. Agradeço ao Professor Doutor David Duarte pela inspiração durante os meses de estudo do direito da organização administrativa e pela orientação neste trabalho, que muito me honrou.

À minha *alma mater*, a Universidade de Brasília, por todos os horizontes que me deu. A UnB, alvo da ditadura militar e de ataques daqueles que têm medo do que a educação proporciona, é a lição de Darcy Ribeiro de que, na vida, ou nos resignamos, ou nos indignamos. O saber é luz e o caminho único para uma sociedade justa e fraterna.

A toda a equipe do Torreão Braz Advogados, agradeço o apoio e incentivo para esta jornada, especialmente ao me conceder a licença para o acompanhamento das disciplinas presenciais e, posteriormente, para a finalização da tese. Os eventuais méritos do trabalho estão indissociavelmente associados a esse apoio e ao aprendizado proporcionado por todos esses anos de profissão.

À minha família, agradeço o apoio sempre incondicional, incansável, ilimitado, que me proporcionou desde sempre e, principalmente, nesse período tão peculiar. Lembro, ainda pequeno, das campanhas que mamãe fazia para nos incentivar a leitura, dos livros que ela e meu pai compravam para mim, do esforço que realizaram para me proporcionar as chances que a educação é capaz de produzir, reconhecimento que estendo a meus avós, irmãos e cunhadas. Vocês me deram todo o suporte que necessitei. Tenho como dever e missão multiplicar esse amor e esse exemplo que me deram. Eu sou depositário de dívidas com a minha família que jamais poderei pagar, mas que, fundadas no amor, não são questões de soma-zero, e se transformam em inspiração para que também assim o sejamos para os outros.

Aos amigos que fiz em Lisboa, preciso dizer vocês deram um sentido a essa experiência que eu sequer imaginava ser possível antes da minha chegada. Nos acolhemos

uns aos outros e dividimos tantos momentos que, para sempre, essa fase será o ponto de encontro de muitas das nossas melhores memórias. Aos amigos Antonio Rodrigues, Fábio Fialho, Gabriel Lemos, Laura Ribeiro e Thiago Rocha, em cujos nomes homenageio a todos os outros colegas, obrigado por tudo o que vivemos. Juntos, vivenciamos a intensa rotina proporcionada por esse caminho. A companhia de vocês contribuiu de forma determinante para a concretização desse trabalho.

Aos amigos e amigas do dia a dia, agradeço o apoio nos momentos de cansaço e de desânimo, pois vocês me mostraram que nem sempre a fraqueza que sentimos significa que não somos fortes. Pelos vários livros emprestados, pelos apoios na organização dos estudos, pela descontração que renovava os ânimos, eu agradeço e antecipo: continuo contando com vocês!

À Carol, pelas imensas privações por que passou para que os estudos pudessem avançar e pela resiliência de, em um momento tão difícil, ter sido uma companheira que sempre me apoiou e que me deu toda a ajuda possível para a consecução do trabalho, quando ainda era, na maioria das ocasiões, quem mais precisava de suporte. Eu jamais esquecerei o quanto você foi importante nessa jornada.

“Chegamos? Não chegamos? – Partimos. Vamos. Somos”. (*Sebastião da Gama*).

El momento presente es el momento que consta un poco de pasado y un poco de porvenir. El presente en sí es como el punto finito de la geometría. El presente en sí no existe. No es un dato inmediato de nuestra conciencia. Pues bien; tenemos el presente, y vemos que el presente está gradualmente volviéndose pasado, volviéndose futuro.

El tiempo. Jorge Luis Borges.

## RESUMO

A presente investigação visa a analisar a constitucionalidade do artigo 1º da Lei n. 13.303/2016, que instituiu o estatuto jurídico das empresas estatais brasileiras. Em especial, o dispositivo citado estabelece uma abrangência para a aplicação da norma que abrange toda empresa pública e sociedade de economia mista, independentemente de a atividade exercida por esses entes ser um serviço público, um monopólio ou uma atividade econômica em sentido estrito. A discussão sobre a constitucionalidade da lei desvela uma concepção muito sedimentada na doutrina e na jurisprudência brasileiras que estabelece uma dicotomia entre as atividades consideradas como serviços públicos e como atividades de exploração econômica para fins de determinar o regime jurídico incidente, se predominantemente de direito público ou de direito privado. A importância dessa questão se revela, notadamente no caso brasileiro, em função do manifesto descompasso entre essas estruturas administrativas, o regime jurídico incidente e os desafios da Administração Pública atual em um contexto cada vez mais complexo e plural, que manifesta o desafio de exercer novos papéis em antigas estruturas. A presente pesquisa, de caráter descritivo e exploratório, através de uma abordagem qualitativa e dialética, em análise das categorias fundamentais em questão, pelo método hipotético-dedutivo, demonstrou que a solução adotada pelo legislador de submeter aos mesmos ditames legais do estatuto todas as empresas estatais, independentemente da atividade exercida, é constitucional, ainda que heterodoxa diante da concepção tradicional e da jurisprudência dominante. Identificou, também, a inadequação da utilização da dicotomia analisada como critério primordial na definição do regime jurídico das empresas estatais. A investigação, ao concluir pela constitucionalidade da norma, identifica um contexto de redefinição das fronteiras do direito administrativo e de inconsistências nas formas de organização administrativa no Estado atual, que ensejam novas e aprofundadas reflexões para uma leitura contemporânea dos institutos em questão, em especial, sob uma concepção fundada na supremacia dos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Organização Administrativa. Empresas Estatais. Estatuto Jurídico. Constitucionalidade. Serviços Públicos. Atividades Econômicas. Direitos Fundamentais.

## ABSTRACT

This dissertation provides an inquiry on the constitutionality of article 1 of Law No. 13,303/2016, which established the legal statute of state-owned companies in Brazil. This disposition established, in particular, the scope of application of the normative rule as encompassing all public companies and mixed-economy societies, regardless of the nature of their activities – be it providing public services, exerting a monopoly or an economic activity in the strict sense. The discussion on the constitutionality of the law unravels a deeply grounded conception in the Brazilian legal doctrine and jurisprudence, which creates a dichotomy between activities considered to be public services and activities of economic exploration, when trying to determine the applicable legal regime, if predominantly of public law or of private law. The relevance of this issue, notably in the case of Brazil, is exemplified by the pronounced mismatch between these administrative structures, their applicable legal regimes and the challenges of the Public Administration today, where, in a context of increasing complexity and plurality, taking up new roles under an old structure has proven to be a challenge. This research paper, of both descriptive and inquiring nature, adopted a qualitative and dialectic approach to analyze the fundamental categories involved and, through the hypothetical-deductive method, demonstrated that the solution adopted by the legislator of subjecting all state-owned companies to the same legal proceedings, independently of the nature of their activities, has been a constitutional decision – despite being an heterodox solution in relation to more traditional conceptions and the prevailing jurisprudence. The research has also identified the unsuitability of adopting the analyzed dichotomy as the key criterion for defining the legal regime of state-owned companies. When concluding for the constitutionality of the normative rule, the research identified a context of redefinition of the boundaries of administrative law and of inconsistencies in the means of organization of the State administration today, instigating new and more in-depth reflections for a contemporary understanding of the institutions considered, in particular, when grounded in a conception of the primacy of fundamental rights.

**KEYWORDS:** Administrative Organization. State-owned Companies. Legal Statute. Constitutionality. Public Services. Economic Activities. Fundamental Rights.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>PLANO DA OBRA .....</b>	<b>6</b>

### CAPÍTULO I

#### A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ATUALIDADE

<b>1. NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE OS FUNDAMENTOS DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO: A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE .....</b>	<b>8</b>
1.1. A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA E AS FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA .....	15
1.2. A INTERVENÇÃO INDIRETA NA ECONOMIA SOB A FORMA DE REGULAÇÃO E FOMENTO ...	18
1.3. A INTERVENÇÃO DIRETA NO DOMÍNIO ECONÔMICO: A EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS EM SENTIDO ESTRITO E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS .....	21
<b>2. O ESTADO E A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA CONTEMPORÂNEOS: ELEMENTOS CARACTERIZADORES E TRANSFORMAÇÕES .....</b>	<b>27</b>
2.1. RUPTURAS E CONTINUIDADES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO SÉCULO XX .....	29
2.2. A ACELERAÇÃO DAS TRANSFORMAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA DÉCADA DE 1990 E AS TENDÊNCIAS NO INÍCIO DO SÉCULO XXI .....	34
2.3. AS EMPRESAS ESTATAIS NA ATUALIDADE .....	37

### CAPÍTULO II

#### AS EMPRESAS ESTATAIS: ENTRE A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS, A EXPLORAÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS E AS TRANSFORMAÇÕES VIVENCIADAS NO SÉCULO XX

<b>1. A ASCENDÊNCIA DAS EMPRESAS ESTATAIS.....</b>	<b>41</b>
1.1. O CONCEITO NO DIREITO BRASILEIRO.....	43
1.2. BREVE CONTEXTO DO SURGIMENTO DAS EMPRESAS ESTATAIS NO BRASIL .....	45
1.3. DA EVOLUÇÃO DAS EMPRESAS PÚBLICAS SOB O ÂNGULO DO REGIME JURÍDICO E DA DOUTRINA .....	49
1.3.1. <i>O surgimento por razões de ordem prática e a inexistência de sistematização jurídico-institucional .....</i>	<i>49</i>
1.3.2. <i>O Decreto-Lei n. 200/1967 e a tentativa (frustrada?) de definição de um regime jurídico .....</i>	<i>57</i>
1.4. A IDENTIFICAÇÃO PELA DOUTRINA DO REGIME JURÍDICO DA EMPRESA ESTATAL A PARTIR DA DICOTOMIA “SERVIÇOS PÚBLICOS” <i>VERSUS</i> “ATIVIDADES DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA” .....	61
1.5. O USO DA DICOTOMIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE ENVOLVE AS EMPRESAS ESTATAIS.....	67
1.6. OS PROBLEMAS ADVINDOS DA DICOTOMIA SERVIÇO PÚBLICO X ATIVIDADES DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA PARA IDENTIFICAR O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL À EMPRESA ESTATAL: A NECESSIDADE DE UMA NOVA COMPREENSÃO DESSAS CATEGORIAS .....	72
<b>2. O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO.....</b>	<b>77</b>
2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	77
2.2. O SURGIMENTO DA NOÇÃO TRADICIONAL DE SERVIÇO PÚBLICO E O PERCURSO NO DIREITO BRASILEIRO .....	80

2.3. O DEBATE SOBRE O REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS .....	83
2.4. A CRISE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS .....	86
2.5. O CONCEITO NO DIREITO EUROPEU: A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NA EUROPA E A EMERGÊNCIA DE UM CONCEITO FUNCIONAL DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM PORTUGAL .....	89
<b>3. A PREVISÃO DE UM ESTATUTO PARA AS EMPRESAS ESTATAIS: A ALTERAÇÃO, POR EMENDA CONSTITUCIONAL, DO ARTIGO 173, §1º, DA CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>96</b>
3.1. A EDIÇÃO DA LEI N. 13.303/16 E A REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 173, §1º, DA CONSTITUIÇÃO .....	99
3.1.1. <i>A Lei n. 13.303: o avanço legal mais significativo desde a edição do Decreto-Lei n. 200/1967 e as lacunas da lei</i> .....	105
<b>4. O PROBLEMA DA REGULAMENTAÇÃO EM UMA MESMA LEI DO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS QUE PRESTAM SERVIÇOS PÚBLICOS E EXPLORAM ATIVIDADES ECONÔMICAS .....</b>	<b>107</b>
4.1. AS POSSIBILIDADES DE INTERPRETAÇÃO DA EXPRESSÃO “ATIVIDADE ECONÔMICA” CONTIDA NO ARTIGO 173, §1º .....	108
4.1.2. <i>As interpretações mais comuns sobre o alcance do artigo 173, §1º, da Constituição</i> .....	110
4.2. OS ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTAM O PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1º DA LEI N. 13.303/2016 .....	113
<b>5. AS ESTRUTURAS NORMATIVAS DOS ARTIGOS 173 E 175 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA .....</b>	<b>116</b>

### CAPÍTULO III

#### A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1º DA LEI DAS ESTATAIS: POR UMA LEITURA CONTEMPORÂNEA PARA O REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS

<b>1. A IMPORTÂNCIA DAS EMPRESAS ESTATAIS NA ATUALIDADE E A NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO DOS SEUS QUADROS EXPLICATIVOS .....</b>	<b>122</b>
1.1. TRÊS PROPOSTAS DE ENFRENTAMENTO DO TEMA .....	123
<b>2. A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA “SERVIÇOS PÚBLICOS” VERSUS “ATIVIDADES DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA” PARA A IDENTIFICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS .....</b>	<b>124</b>
2.1. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 13.303/16 .....	132
<b>3. O PRESTÍGIO À CONFORMAÇÃO LEGAL CONFERIDA PELA ADMINISTRAÇÃO E PELO PODER LEGISLATIVO: A ATUAÇÃO EXCEPCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO .....</b>	<b>140</b>
<b>4. DO SERVIÇO PÚBLICO COMPREENDIDO COMO PRIVILÉGIO ESTATAL AO SERVIÇO PÚBLICO COMO OBRIGAÇÃO FUNDADA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>147</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>157</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>161</b>

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ACO – Ação Cível Originária  
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
AI – Agravo de Instrumento  
BNDE – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico  
EC - Emenda Constitucional  
ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos  
EMBRAPA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária  
IRB – Instituto de Resseguros do Brasil  
NOVACAP – Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil  
PND – Plano Nacional de Desestatização  
PDRAE – Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado  
RDA – Revista de Direito Administrativo  
RFFSA – Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima  
RE - Recurso Extraordinário  
SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo  
STF – Supremo Tribunal Federal  
TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

## **LISTA DE ANEXOS**

Anexo I – Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016.

## **NOTA PRÉVIA**

Na redação da presente dissertação, foi utilizado o português do Brasil, sendo observadas as regras do Novo Acordo Ortográfico, inclusive na transcrição de normas legislativas e diplomas comunitários.

No entanto, as citações bibliográficas foram reproduzidas com respeito pela ortografia utilizada pelos autores quando do momento da publicação das suas obras.

## INTRODUÇÃO

A presente investigação se propõe a analisar a constitucionalidade do artigo 1º da Lei n. 13.303/2016 e as questões suscitadas por aqueles que questionam a abrangência dessa lei, que estende a aplicação dos seus dispositivos às empresas estatais prestadoras de serviços públicos.

Conhecida informalmente pelo apelido de Lei das Estatais, entre outras denominações, suas disposições tratam do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias. O diploma legal abrange toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, *ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos*.

Notadamente, a Lei das Estatais inova no ordenamento jurídico e coloca em xeque uma concepção muito sedimentada na doutrina e na jurisprudência, que distingue o regime das empresas estatais – se submetidas a um regime de direito público ou a um regime de direito privado – a depender de prestarem serviços públicos ou explorarem atividades econômicas.

A relevância do tema e das questões por ele desveladas é evidenciada por um julgamento em andamento no Supremo Tribunal Federal.<sup>1</sup> No julgamento do caso, iniciado em 2009, mas ainda não encerrado em virtude de um pedido de vista regimental pela Ministra Cármen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal teve diante de si mais uma controvérsia relacionada à extensão de benefícios e privilégios típicos do regime de direito público a empresas estatais prestadoras de serviços públicos, constituídas sob a forma jurídico-privada.

---

<sup>1</sup> Trata-se do RE n. 600.867/SP, recurso interposto pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) contra o Município de Ubatuba (Estado de São Paulo). O acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), consignou que não se aplicam as disposições do artigo 150, VI, a, da Constituição (que confere imunidade tributária recíproca à União, aos Estados e aos Municípios na cobrança de impostos uns dos outros) ao caso concreto porque, no caso, incidem as disposições do artigo 173, §2º, da norma constitucional (que dispõe sobre a igualdade de regime jurídico entre empresas estatais e empresas privadas), “já que as empresas de economia mista não gozam dos privilégios fiscais não extensivos ao setor privado”. Conforme o relatório apresentado nos autos, a SABESP alega ser imune à tributação por impostos porque: i) desempenha serviço público não sujeito à exploração privada; ii) não busca obter lucro; iii) o Poder Público que a criou tem responsabilidade subsidiária e isso justifica a extensão da imunidade tributária que lhe é conferida; e iv) o STF reconheceu em julgamentos anteriores a mesma proteção às empresas públicas e sociedades de economia mista, tal qual a ECT e a INFRAERO, não havendo critério de *discrímen* quanto à situação em tela.

No caso concreto, uma sociedade de economia mista exploradora dos serviços de água, coleta e tratamento de esgoto – uma das maiores empresas de saneamento do planeta em termos do quantitativo populacional atendido – invocou a jurisprudência do próprio tribunal para ter jus à imunidade ao pagamento de impostos.

Seria um julgamento sem maiores controvérsias, à luz dos precedentes anteriores de identificação da natureza da atividade prestada – se serviço público ou exploração de atividade econômica – para então decidir sobre a extensão dos benefícios e dos privilégios do regime jurídico concebido apenas às pessoas jurídicas de direito público – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – como a imunidade tributária estatuída pelo artigo 150, VI, “a” da Constituição.

Menos de um ano antes, em julgamento relativo às prerrogativas de outra empresa estatal, também sociedade de economia mista prestadora do serviço de águas e esgotos, o tribunal entendeu que as atividades prestadas constituíam serviço público essencial que merecia a atribuição dos privilégios e benefícios do regime de direito público, ainda que prestado por uma pessoa jurídica de direito privado sob a forma empresarial.<sup>2</sup>

Ao proferir seu voto, o Ministro Dias Toffoli invocou o lucro atingido pela companhia em ano anterior, na ordem de quase dez bilhões de reais, distribuídos generosamente entre os seus acionistas, sendo o Estado de São Paulo detentor de apenas 50,26% das ações e as demais titularizadas por particulares. Com apenas esse dado, um tema que poderia ser solucionado pela simples adoção dos fundamentos de decisões anteriores motivou intenso debate no tribunal.

Em um átimo, a Corte ficou exposta à insegurança oriunda das incertezas na aplicação dos conceitos construídos a partir de inúmeros precedentes, desde a promulgação da Constituição de 1988, para a solução de casos como esse.

Para a Corte, gerou perplexidade a aplicação da sua própria jurisprudência para conceder imunidade tributária à empresa em questão. A companhia sequer invocou argumentos concretos a respeito da adequação e da necessidade dos privilégios concedidos às pessoas jurídicas de direito público, enquanto simultaneamente operava como um dos mais destacados agentes do mercado na sua área de atuação em regime de concorrência.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. AI 686.611/RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 29 abr. 2008. O agravante foi a Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia, CAERD, e o agravado foi o Município de Pimenta Bueno, em Roraima.

O caso demonstrou, com bastante clareza, a cada vez mais complexa e multifacetada atuação empresarial do Estado no campo econômico, inclusive no domínio da prestação dos serviços públicos. O tribunal teve, diante de si, uma demonstração cabal de que a realidade da atuação empresarial do Estado mudou e, com ela, a leitura sobre as categorias em questão. Em especial, a compreensão sobre a intervenção estatal no domínio econômico, a configuração das empresas estatais na organização administrativa brasileira, a prestação dos serviços públicos, a heterogeneidade das atividades exercidas por essas empresas e o regime jurídico incidente.

Em determinado momento dos debates, diante da dificuldade de compatibilização dos elementos em análise e, notadamente, de apreender as relações entre a prestação de serviços públicos e o regime empresarial do Estado, o Ministro Gilmar Mendes apontou que “as categorias, de fato, colocadas, estão um tanto quanto embaralhadas”. Ao que a Ministra Cármen Lúcia respondeu: “Já morreram, Ministro, nós estamos maquiando cadáver, nenhuma delas existe mais”.

A constatação, contundente, ganhou magnitude ainda maior após a edição da Lei n. 13.303, de 30 de junho 2016.

Diante da tradição da doutrina brasileira de distinguir as empresas estatais conforme a prestação de serviços públicos ou a exploração de atividades econômicas como pressuposto à definição do regime jurídico (se de direito público ou de direito privado), posição essa também predominante no Supremo Tribunal Federal, logo foi instalada a polêmica quanto à sua abrangência.

Ao dispor em um mesmo regime tanto sobre as empresas estatais que exploram atividades econômicas quanto sobre as que prestam serviços públicos, a lei foi objeto de arguições de inconstitucionalidade. Em causa, os mesmos argumentos consagrados na doutrina e na jurisprudência de que da prestação de serviços públicos pelas empresas estatais decorre um regime jurídico de direito público, o qual resta por transfigurar o próprio regime que é peculiar à empresa. Tal a profundidade desse entendimento que a doutrina identificou a crise do modelo empresarial estatal e a progressiva transmutação dessas empresas em organismos estatais organizados sob a forma jurídico-pública, em manifesto desvirtuamento dos aspectos que motivam a sua adoção.

Diante dessa realidade, o estatuto jurídico das empresas estatais inovou no ordenamento e colocou em xeque a consagrada dicotomia “serviços públicos” *versus* “exploração de atividade econômica” para a definição do regime aplicável a essas



empresas, já estremecida no julgamento narrado acima, tornando imperioso o seu estudo e reflexão.

O estudo do tema evidencia que as controvérsias suscitadas sobre o dispositivo legal convergem para o mesmo ponto: o critério dicotômico para definir o regime jurídico das empresas estatais, fundado na atividade exercida, já não encontra correspondência na realidade atual.

O estudo da constitucionalidade do artigo 1º da Lei das Estatais desvela, portanto, a necessidade de compreender essa dicotomia, o que será objeto do trabalho com o intuito de expor os fundamentos da sua superação. Conforme será melhor relatado no Plano da Obra, o estudo do tema envolverá uma ampla compreensão do papel das empresas estatais na ordem econômica brasileira, a sua trajetória normativa, bem como as tensões existentes entre os conceitos atualmente utilizados para definir o seu regime jurídico, a fim de subsidiar as reflexões contidas no Capítulo III.

Vale, nesse ponto, realizar o alerta, conforme bem destacado por DIOGO FREITAS DO AMARAL, de que não interessa à ciência do direito administrativo, tal qual não cabe ao presente estudo, discutir se a empresa estatal é melhor do que a empresa privada.<sup>3</sup> O objetivo da investigação proposta é contribuir com o aperfeiçoamento das empresas estatais do ponto de vista da sua regulamentação jurídica.

Em um contexto de plena (re)definição das fronteiras do direito administrativo e de inconsistência das formas de organização administrativa, o tema ganha grande relevância e atualidade, como contributo às reflexões para o aperfeiçoamento e evolução dos institutos em questão e dos seus quadros teóricos.

Em especial, cumpre refletir sobre a constitucionalidade do artigo 1º da Lei n. 13.303/2016 à luz da análise normativa dos dispositivos constitucionais que supostamente teriam sido afrontados, compreender os fundamentos que informam a dicotomia em questão e os efeitos que as transformações do Estado e da Administração Pública impõem à compreensão contemporânea do regime jurídico das empresas estatais, notadamente em função de uma perspectiva que pressuponha a submissão da atividade administrativa à disciplina dos direitos fundamentais.

Conforme o desenvolvimento do estudo irá evidenciar, a doutrina e a jurisprudência não estão “maquiando cadáveres”. Pelo contrário, as categorias em

---

<sup>3</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 332.

questão estão vivas, em boa saúde<sup>4</sup> e em plena transformação. A dificuldade vivenciada atualmente na compreensão de tais institutos parece residir na aplicação insistente das mesmas definições e compreensões de décadas atrás em um direito administrativo em transformação cada vez mais veloz, cuja persistência não levará a outro resultado que não àquele de quem espera que se abra uma porta ao pé de uma parede sem porta.<sup>5</sup>

O cenário indica, nesse sentido, que as concepções tradicionais e os julgamentos sobre o tema estão, tal qual a missão evangelizadora de Miguel Brum no conto de EDUARDO GALEANO, a coçar onde não coça, exigindo o realinhamento das interpretações e dos ângulos de análise sobre o regime jurídico das empresas estatais no Estado contemporâneo.<sup>6</sup>

Para a superação desse contexto, a presente pesquisa, de caráter descritivo e exploratório, será realizada através de uma abordagem qualitativa e dialética e pelo método hipotético-dedutivo, analisando as categorias fundamentais em questão para que se compreenda não só os fundamentos que informam a crítica à abrangência pretendida pela lei, mas para uma apresentação adequada e consistente dos vetores que informam a sua superação e uma nova compreensão das categorias debatidas.

Nesse realinhamento e com base na metodologia indicada, pretende-se identificar que, embora heterodoxa, a solução materializada no artigo 1º da Lei n. 13.303/2016 de abranger todas as empresas estatais nas suas disposições, independentemente da atividade exercida, é constitucional.

O reconhecimento da sua constitucionalidade e da sua adequação não só com a ordem estabelecida pela Constituição de 1988, mas com as transformações por que passa a Administração Pública, perpassa pela superação da dicotomia que opõe serviços públicos a atividades de exploração econômica como critério primordial na identificação do regime jurídico das empresas estatais.

---

<sup>4</sup> Para usar a expressão de LUCIANO PAREJO ALFONSO. ALFONSO, Luciano Parejo. Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros. In: SALGADO, David Cinfuegos; LOZANO, Luis Gerardo (coord.). **Actualidad de los servicios públicos em Iberoamérica**. México D. F: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 496.

<sup>5</sup> Como no poema Tabacaria, de Álvaro de Campos, heterônimo de Fernando Pessoa.

<sup>6</sup> Referência ao conto de Eduardo Galeano “A função da arte”: “O pastor Miguel Brum me contou que há alguns anos esteve com os índios do Charco paraguaio. Ele formava parte de uma missão evangelizadora. Os missionários visitaram um cacique, um gordo quieto e calado, escutou sem pestanejar a propaganda religiosa que leram para ele na língua dos índios. Quando a leitura terminou, os missionários ficaram esperando. O cacique levou um tempo. Depois, opinou: - Você coça. E coça bastante, e coça muito bem. E sentenciou: - Mas, onde você coça não coça”. (GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. Porto Alegre: L&PM, 2006, p. 28.)

Apesar da influência da concepção tradicional sobre o tema, que recebe a adesão da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal e indica para uma eventual procedência das arguições de inconstitucionalidade, a presente investigação apresentará fundamentos e perspectivas que, em superação aos postulados sobre os quais a disciplina da identificação do regime jurídico das empresas estatais é tradicionalmente concebida, podem oferecer suporte para um novo e amplo horizonte do uso das empresas estatais pela Administração Pública e contribuam para novos estudos em aprofundamento às três perspectivas de interpretação propostas.

## **PLANO DA OBRA**

No Capítulo I, primeiramente, optou-se por compreender os fundamentos da ordem econômica e os conceitos fundamentais relacionados, como a Constituição Econômica e a Constituição Dirigente, com o intuito de estabelecer o quadro que assenta as premissas constitucionais sobre as quais se desenvolverão a atividade estatal. À luz desses preceitos, a investigação voltou-se à compreensão dos elementos e das transformações que identificam a Administração Pública na atualidade, em especial sob a perspectiva da sua atuação na economia, para viabilizar a compreensão do quadro geral sobre o qual as empresas estatais devem ser entendidas e, também, no contexto em que a Lei n. 13.303/2016 deve ser interpretada.

No Capítulo II, a investigação volta-se a compreender a ascensão das empresas estatais no ordenamento jurídico, sob uma perspectiva jurídico-institucional, a fim de aprofundar o entendimento sobre as relações havidas entre a realidade legal dessas entidades e os conceitos que vieram a ser construídos pela doutrina e posteriormente adotados pela jurisprudência. É nesse capítulo em que são expostos os fundamentos da dicotomia “serviços públicos” *versus* “atividades de exploração econômica” e a sua repercussão na doutrina e na jurisprudência, apontando-se, por fim, a necessidade da sua superação.

Para tanto, aborda-se também no Capítulo II o conceito de serviço público e toda a problemática que acompanha essa noção desde o seu surgimento. De grande relevância é, nesse ponto, o percurso realizado na realidade vivenciada pelo direito comunitário europeu e por Portugal, submetidos a uma transformação do conceito de serviços públicos e da compreensão acerca da intervenção do Estado na economia ainda mais impactantes do que as observadas no Brasil. Com base nesses apontamentos, serão

expostos os argumentos que motivaram as duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas no Supremo Tribunal Federal e que apontam a suposta incompatibilidade da abrangência do artigo 1º da Lei n. 13.303/2016 com a Constituição de 1988 e, em especial, com o que dispõe os seus artigos 173 e 175. Por fim, nesse capítulo, é realizada a análise normativa dos artigos mencionados, com o intuito de subsidiar as reflexões desenvolvidas em seguida.

O Capítulo III apresenta os fundamentos pelos quais entende-se que a dicotomia em debate não pode ser mais o critério primordial para a identificação do regime jurídico das empresas estatais e, em continuidade, pelos quais entende-se que a opção materializada no artigo 1º da Lei n. 13.303/2016 é constitucional. Em seguida, são realizadas outras duas proposições que visam a, juntamente com a superação da dicotomia, estabelecer novos campos de observação, estudo e reflexão sobre as bases em que a atuação empresarial do Estado e o consequente regime incidente deverão estar estabelecidas, notadamente sob uma perspectiva do agir estatal não mais legitimado em uma suposta supremacia do interesse público, mas em um outro critério que é fundamental e anterior a este, que é a supremacia e a indisponibilidade dos direitos fundamentais.

## CAPÍTULO I

### A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ATUALIDADE

#### 1. Notas introdutórias sobre os fundamentos da intervenção estatal no domínio econômico:<sup>7</sup> a Constituição Econômica e a Constituição Dirigente

Desde os primeiros momentos da utilização da forma empresarial pela Administração Pública, muito se discute sobre o papel a ser desempenhado pelas empresas estatais. As empresas estatais são referidas, entre outros, ora como aptas a se configurarem como agentes reguladores do mercado,<sup>8</sup> ora como instrumentos de políticas do Estado,<sup>9</sup> ora como esquemas para desburocratização do aparelho estatal.<sup>10</sup> Cada posicionamento está associado a uma percepção distinta sobre o próprio papel desempenhado pelo Estado no domínio econômico.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> A expressão “intervenção estatal” não é unânime na doutrina, que aponta a impropriedade no seu uso. Para ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO, “o verbo intervir pressupõe a ideia de se imiscuir em terreno que não lhe é próprio, quando acima pudemos concluir que a existência do Estado pressupõe em si algum tratamento por ele de matérias econômicas, e que o mercado enquanto instituição só pode existir e proliferar em razão da existência do Estado e do seu Direito. Sendo assim, não se pode afirmar que o direito é um terreno exógeno à economia, nem vice-versa”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Considerações sobre as relações do Estado e do direito na economia. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 49, janeiro/fevereiro/março de 2017, p. 4. Também nesse sentido se manifesta FERNANDO FACURY SCAFF: “Qualquer expressão que denote «intervenção» do Estado no domínio econômico é, em si, temerária, pois induz a crer que o Estado e a economia são coisas distintas, e que ao agir no domínio econômico o Estado o faz em um lugar que não lhe é próprio. Cremos que tal concepção de separação entre o econômico e o político não tem como subsistir”. SCAFF, Fernando Facury. Ensaio sobre o conteúdo jurídico do princípio da lucratividade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 323-347, abr. 2001, p. 334. Apesar das relevantes e fundadas reflexões, a presente investigação usará indistintamente as duas expressões, por ser o termo “intervenção” amplamente adotado e por não representar potencial prejuízo ao pleno posicionamento do debate que ora se realiza.

<sup>8</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. **O Estado como acionista controlador**. Tese (Doutorado em direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 31.

<sup>9</sup> ABRANCHES, Sergio Henrique. A empresa pública como agente de políticas do estado: fundamentos teóricos do seu papel, inclusive em face de nossas relações com o exterior. In: **A Empresa pública no Brasil: uma abordagem multidisciplinar**. Brasília: Ipea Semor, 1980.

<sup>10</sup> Na apresentação do projeto de lei (PL 1749/2011, posteriormente transformado na Lei n. 12.550/2011) que autoriza o Poder Executivo a criar a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, EBSEH, a autoridade administrativa assim justificou a necessidade de criação da empresa pública: “O Projeto propõe nova modelagem jurídico-institucional para as atividades e os serviços públicos de assistência médico-hospitalar e ambulatorial executados pelos hospitais das universidades públicas federais, com o objetivo de viabilizar um modelo de gestão mais ágil, eficiente e compatível com as competências executivas desses hospitais, além de oferecer solução jurídico-administrativa sustentável que solucione as crescentes dificuldades operacionais e os inúmeros questionamentos do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público Federal a respeito do atual funcionamento dessas instituições”.

<sup>11</sup> STORCK, Véra Sueli. As empresas estatais como instrumento das políticas de desenvolvimento do estado. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v.15, edição extra, p. 191-212, 1981, p. 193. Como destaca ainda a mesma autora, as discussões sobre o tema parecem orbitar entre dois polos, ocupados,

Como destaca LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, a intervenção dos poderes públicos é um fenómeno historicamente permanente, embora assumindo em tal percurso características diferentes daquelas que distinguem os dias atuais. Evidencia o autor que, na evolução da problemática jurídica da intervenção estatal, a maioria das normas interventoras anteriores ao modelo atual assumiam caráter de proibição e repressão, abstendo-se de determinar aos entes privados a adoção de determinados comportamentos ou a realização de prestações positivas conforme prescrições de interesse geral.<sup>12</sup> Para o autor, a essa atitude de abstenção na conformação da atividade económica correspondia um determinado modelo jurídico, que é o do Estado Liberal, e uma ideologia, que é a do individualismo. Esse modelo assentava-se em dois postulados essenciais, consistentes na separação estanque entre o direito público e o direito privado, e no predomínio da vontade privada na esfera económica.

Com o alargamento do Estado a todas as esferas de atividade, notadamente no campo da economia, porém, a sua ação passa a ter finalidades próprias, distintas daquelas materializadas pelos indivíduos. Nesse contexto, o Estado se torna agente de realizações e principal responsável pela condução e operação das forças económicas.<sup>13</sup> A essa realidade também correspondia um modelo jurídico, o do Estado Social, e uma ideologia, denominada por LUÍS MONCADA de solidarista, em que sobrelevam o enfraquecimento da distinção entre o direito público e o direito privado, bem como a crescente funcionalização da autonomia privada dos poderes públicos. Passa a norma jurídica a assumir papel positivo na conformação da vida económica e social. Isto é, na ótica do Estado intervencionista, a norma assume um papel completamente diferente do anterior, dessa vez com conteúdo económico e social e sem a neutralidade axiológica que a caracterizara na fase liberal.<sup>14</sup>

Na obra “Economia e Constituição”, VITAL MOREIRA analisa esse contexto e aponta que o estatuto da economia na estrutura jurídico-constitucional do Estado se transformou de tal sorte no século XIX e, principalmente, a partir da primeira Guerra Mundial, que se tornou quase um lugar-comum a qualificação do Estado contemporâneo como Estado Económico.<sup>15</sup> Como destaca RAÚL MACHADO HORTA, o ingresso da ordem

---

de um lado, pela obra do teórico do liberalismo económico, Adam Smith, e do outro, pela obra de teoria económica de John Maynard Keynes.

<sup>12</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 16.

<sup>13</sup> Idem, ibidem, pp. 17-28.

<sup>14</sup> Idem, ibidem, p. 31.

<sup>15</sup> MOREIRA, Vital. **Economia e constituição**: para o conceito de constituição económica. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974, p. 6.

econômica como matéria da Constituição coincide com o declínio do liberalismo econômico e com a ascensão das formas não liberais do intervencionismo e do dirigismo público econômico.<sup>16</sup>

A expressão utilizada por VITAL MOREIRA, ainda segundo as suas lições, traduz uma nova forma político-econômica que repercute também no direito e propicia o surgimento de um direito público econômico, de uma administração econômica e de uma organização administrativa econômica. Como consequência, progressivamente acentua-se o contraste das formas jurídicas da economia com aquelas então consideradas como únicas e definitivas no paradigma do Estado Liberal, em um movimento de manifesta ruptura com os antigos esquemas jurídicos concebidos na perspectiva de um papel extremamente limitado da ação do Estado em relação à economia.<sup>17</sup>

A doutrina identifica esse contexto com a emergência do que foi denominado de constitucionalismo social, diante das características comuns entre as Constituições do primeiro pós-guerra. Notadamente, a consagração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, de direitos sociais ou prestacionais, relacionados com o princípio da igualdade material, que demandam prestação direta ou indireta do Estado. As Constituições Mexicana, de 1917, e de Weimar, de 1919, são os exemplos mais célebres do novo contexto constitucional do qual, sob diversas alcunhas, seguirá um intenso debate de caráter teórico e ideológico.<sup>18</sup> Para VITAL MOREIRA, é nesse contexto em que se insere o problema da Constituição Econômica, que, na sua visão, de dentro, ao lado, ou subordinada à Constituição política, estabelece a ordem fundamental da economia ou, sob outro ângulo, estabelece e limita a intervenção do estado no domínio econômico.<sup>19</sup>

É crucial bem apreender os fundamentos que informam o intervencionismo estatal, inclusive a sua relação com os objetivos de uma *Constituição Dirigente*,<sup>20</sup> em uma perspectiva que viabilize a compreensão do papel do Estado no domínio econômico e dos reflexos na sua organização. É justamente essa organização jurídica da atuação, da regulação e do intervencionismo do Estado, com enfoque na atualidade, que define as

---

<sup>16</sup> HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 252.

<sup>17</sup> MOREIRA, Vital. **Economia e constituição**: para o conceito de constituição económica. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974, p. 6.

<sup>18</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 11.

<sup>19</sup> MOREIRA, Vital. **Op. cit.**, p. 6.

<sup>20</sup> O conceito a que se refere é aquele de J. J. GOMES CANOTILHO e será desenvolvido no curso do presente tópico.

possibilidades de ação estatal no campo econômico, as quais devem perseguir as finalidades e seguir os parâmetros estabelecidos no texto constitucional.

Nesse sentido é que o papel que o Estado e a iniciativa privada terão no campo econômico atenderá ao que estiver definido na Constituição Econômica. Isto é, na definição de VITAL MOREIRA, no conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, “garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica”.<sup>21</sup>

O conhecimento das decisões sobre o domínio econômico, explícitas ou implícitas no texto constitucional, e o seu papel de transformação da realidade, especialmente no contexto brasileiro, permite compreender com maior clareza a organização administrativa que se constitui em torno desse programa. Em especial, permite compreender o papel reservado à atuação empresarial do Estado, tanto para a prestação de serviços públicos quanto para a exploração de atividade econômica, cujo regime jurídico é o objeto da presente investigação, à luz das disposições constitucionais que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da Economia ou, na acepção consagrada por VITAL MOREIRA, naquilo que estiver disposto na Constituição Econômica de cada nação.

Como aponta VITAL MOREIRA, tal como a ideia de Constituição trouxe subjacente a representação de um novo modelo de sociedade e de organização estatal, contraposta à do antigo regime, a noção de Constituição Econômica surge como negação da ordem econômica liberal em favor de uma nova ordem econômica.<sup>22</sup> Tendo sido objeto de intensos debates acadêmicos na Alemanha,<sup>23</sup> a teoria da Constituição Econômica

---

<sup>21</sup> MOREIRA, Vital. **Economia e constituição**: para o conceito de constituição económica. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974, p. 35.

<sup>22</sup> Idem, ibidem, 1974, p. 17.

<sup>23</sup> Sobre o tema, vale o destaque de KNUT NÖRR: “The book in which Bohm developed the concept of the economic constitution was published in 1933, certainly the worst time one can imagine since the Nazi-regime and the Nazi-jurists were anything but open to such ideas. After the end of the Second World War, however, various circumstances led to a revival of the concept of the economic constitution as Bohm had defined it. It gained a fixed place in legal science even if its meaning and content became rather controversial. It is possible, though, that the economic constitution is a concept which can be unfolded further. It could have good prospects if the idea of private law made use of it, that is to say if the concept of the economic constitution simulated a theory on the relationship between private law and political constitution”. NÖRR, Knut Wolfgang. Economic constitution: on the roots of a legal concept. **Journal of Law and Religion**, vol. 11, n. 1 (1994-1995), p. 353. Cfr., também, o artigo de HORST EHMKE, que realiza relevante pesquisa sobre o conceito de Constituição econômica a fim de compreender a relação entre a Economia e a Constituição sob uma perspectiva de liberdade e de democracia. EHMKE, Horst. Economía y constitución. Trad. Miguel Azpitarte Sánchez. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Ano 3, n. 5, 2006.



encontrou desenvolvimento na Constituição de Weimar,<sup>24</sup> a primeira a inserir em uma seção especial um conjunto de disposições relativas à economia.<sup>25</sup>

A Constituição de Weimar, também nesse ponto, inspirou outras Constituições. Nomeadamente, nos exemplos citados por VITAL MOREIRA, é possível mencionar as constituições espanhola de 1931, portuguesa de 1933 e brasileira de 1934.<sup>26</sup> Ao conjunto de disposições contidas nas cartas constitucionais com o propósito de regular a vida econômica, VITAL MOREIRA atribui o conceito de Constituição Econômica Formal, enquanto que a Constituição Econômica Material é definida por um critério econômico, independentemente de possuir fonte constitucional ou formal, abrangendo todas as normas e instituições jurídicas relacionadas a esse critério.<sup>27</sup> SOUSA FRANCO sustenta que a Constituição Econômica Material integra o núcleo essencial de normas jurídicas que regem o sistema e os princípios básicos das instituições econômicas, constantes do texto constitucional ou não.<sup>28</sup>

Em perspectiva, é possível observar que, mais do que receber e representar a estrutura econômica anteriormente existente e fundada na ordem econômica incorporada no Estado liberal,<sup>29</sup> as Constituições Econômicas do século XX pretendiam alterá-la. Por essa razão, inovaram ao positivar atribuições a serem realizadas pelo Estado e pela sociedade no âmbito econômico, em concomitância também com o atingimento de determinados objetivos estabelecidos no texto constitucional.<sup>30</sup>

A definição no plano constitucional das tarefas sociais e econômicas do Estado é justamente o novo paradigma a que corresponde, nas palavras de CANOTILHO, a

<sup>24</sup> CYRINO, André. Análise econômica da constituição econômica e interpretação institucional. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul. Dez., p. 495.

<sup>25</sup> MOREIRA, Vital. **Economia e constituição**: para o conceito de constituição econômica. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974, p. 70.

<sup>26</sup> Como destaca BERCOVICI, O debate em torno das Constituições Econômicas intensificou-se no século XX com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Formalmente, as Constituições do século XX diferenciam-se das anteriores por, entre outros motivos, conterem uma expressão formal de Constituição Econômica, com uma estrutura mais ou menos sistematizada em um capítulo próprio. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 33.

<sup>27</sup> MOREIRA, Vital. **Op. cit.**, pp. 78-79.

<sup>28</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 78. Cfr. também FRANCO, António Luciano de Sousa. **Noções de direito da economia**. v. I. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982-1983, p. 93.

<sup>29</sup> EROS GRAU aponta a ambiguidade da expressão “ordem econômica”. Em análise da Constituição de 1988, evidencia que a expressão é usada ora para designar parcela da ordem jurídica, contida no mundo do dever ser, e ora é utilizada para descrever uma realidade do mundo do ser, como sucede, na visão do autor, na previsão do *caput* do artigo 170 da Constituição. GRAU, Eros Roberto. **Op. cit.**, pp. 58-68.

<sup>30</sup> Cf. BERCOVICI, Gilberto. **Op. cit.**, p. 33.

Constituição Dirigente. De acordo com o autor, esse conceito encarna a tendência das leis fundamentais a se transformarem em estatutos jurídicos do Estado e da sociedade e a se assumirem como norma e tarefa do processo social e político. Destaca CANOTILHO que o debate sobre a Constituição Dirigente está inserido em uma problemática mais ampla, que se estende desde a controvertida conciliabilidade da “lógica da Constituição” de um Estado de Direito com a “lógica da democracia”, passando à análise da estrutura-material da densidade e da abertura das normas, até à própria compreensão da Constituição em si mesma.<sup>31</sup>

Como destaca GILBERTO BERCOVICI, a proposta de CANOTILHO objetiva a reconstrução da Teoria da Constituição mediante uma teoria material da Constituição, também concebida como teoria social. Essa perspectiva busca racionalizar a política mediante a incorporação de uma dimensão materialmente legitimadora que estabeleça um fundamento constitucional para a política.<sup>32</sup> Nesse sentido, a Constituição se consubstancia não somente em uma garantia do existente, mas especialmente também em um programa para o futuro, fornecendo linhas de atuação para a política sem substituí-la, colocando em evidência a relação entre Estado e sociedade.<sup>33</sup>

A problemática que decorre desse caráter programático da Constituição Dirigente relaciona-se com as questões advindas da força normativa da Constituição. Para CANOTILHO, uma teoria de Constituição constitucionalmente adequada deve tornar transparentes dois problemas fundamentais. O primeiro é o de que as tarefas de conformação sócio-econômica devem pressupor, em geral, “um consenso sobre a planificação de fins, obtido num espaço pré-constitucional e posteriormente vazado jurídico-constitucionalmente em tarefas e imposições constitucionais”. O segundo, de que as concretizações “de fins e tarefas têm de ser efectuadas principalmente a nível político e legislativo”.<sup>34</sup>

Essa amplitude e indeterminação do texto constitucional, com realce na concretização dos fins e das tarefas, no pensamento de KONRAD HESSE, não supõe uma eventual incapacidade da norma constitucional de regular a sociedade. Para o autor, a Constituição “não se limita a deixar em aberto, mas estabelece, com caráter vinculativo,

<sup>31</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 11.

<sup>32</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 35. Sobre a Constituição dirigente e a democracia política, cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Op. cit.**, pp. 462-471.

<sup>33</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Op. cit.**, p. 35.

<sup>34</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Op. cit.**, p. 157.

o que não deve ser deixado em aberto”.<sup>35</sup> Em especial, destaca KONRAD HESSE, não podem ser indeterminados os fundamentos que sejam de ordem da sociedade, da estrutura estatal e do procedimento pelo qual serão decididas as questões deixadas em aberto.

Com base nessas reflexões, é possível observar que, apesar de se identificar nas Constituições Econômicas uma decisão prévia quanto à matriz ideológica regedora da intervenção do Estado no domínio econômico, isso não tem como consequência necessária a identificação dos limites que constroem tal intervenção a partir apenas das disposições gerais e abstratas estabelecidas.<sup>36</sup> Nesse sentido, emerge com clareza, por um lado, a noção de Constituição como norma jurídica, que pode ser observada no estabelecimento de regras e princípios programáticos, de modo que as normas constitucionais pertinentes à ordem econômica terão naturalmente um papel transformador e influenciador da realidade. Por outro, entretanto, resta o debate acerca da delimitação do conteúdo e a extensão desse “poder de transformação”.<sup>37</sup>

As transformações associadas à noção de Constituição Econômica influenciaram profundamente o constitucionalismo do século XX e conferiram à Administração Pública diversos novos papéis, inclusive o de intervir na ordem econômica de forma direta e indireta. Dada a dimensão do estatuto da ordem econômica na sociedade e no direito, vale observar que, embora a referência explícita a uma disciplina da ordem econômica e social conste apenas a partir das Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, todas as Constituições refletem decisões de caráter econômico, ainda que de forma implícita. É o que se observa, por exemplo, nas Constituições liberais promulgadas sob o paradigma anterior.

Essa constatação tem como questão antecedente a compreensão de que a economia possui uma forma jurídica, a qual, se no Estado Liberal está associada a um domínio de não-intervenção estatal e de proteção da autonomia individual, passou, no horizonte do Estado Social, a se conectar a outros direitos. De conteúdo social, tais direitos deram corpo às Constituições Dirigentes, que possuem a pretensão de, por suas normas, pautar a transformação da sociedade na direção erigida pelo poder constituinte.

---

<sup>35</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 19.

<sup>36</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Aspectos constitucionais do regime jurídico das empresas estatais. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 22.

<sup>37</sup> CYRINO, André. Análise econômica da constituição econômica e interpretação institucional. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.-Dez, p. 493.

Na quadra atual, ganham corpo as disputas e os problemas que surgem associados à Constituição Econômica que têm como característica fundante a efetiva conformação dos diversos papéis atribuídos ao Estado e à sociedade. A ampliação das necessidades coletivas cuja satisfação se encontra a cargo da Administração e o crescimento da sua estrutura organizativa e funcional, especialmente, impõem uma série de obstáculos para a atuação estatal e para a sua organização administrativa.<sup>38</sup> O desafio de superá-los deve ser enfrentado pelo ordenamento de cada país, razão pela qual cumpre compreender tal dinâmica no âmbito do direito brasileiro.

### **1.1. A Constituição econômica brasileira e as formas de intervenção do Estado na economia**

À luz dos conceitos expostos e debatidos, observa-se que, ao longo do século XX, os textos constitucionais progressivamente passaram a conter normas atribuidoras de competência para a formulação e execução de políticas econômicas. Além disso, progressivamente as Constituições incorporaram em seu texto os fundamentos jurídicos para que o Estado concretize essas disposições. No sentido de uma Constituição Dirigente, orientada à concretização, especialmente, dos direitos sociais, observa-se que a Constituição brasileira de 1988 também foi estruturada a partir da ideia de Constituição como um plano de transformações sociais e do Estado.<sup>39</sup>

Nesse sentido, o artigo 3º da Constituição dispõe que os objetivos da república brasileira são construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Na lição de GILBERTO BERCOVICI, tais objetivos materializam uma cláusula transformadora da Constituição brasileira e se consubstanciam como verdadeiros princípios constitucionais fundamentais que explicitam o contraste entre a realidade social injusta e desigual e a necessidade de transformá-la. Para o autor, essa é a síntese jurídico-política dos princípios ideológicos adotados pela Constituição cuja não observância a viola frontalmente.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> OTERO, Paulo. **Manual de direito administrativo**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 281.

<sup>39</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 16.

<sup>40</sup> Idem, *ibidem*, p. 36.

Tais objetivos também ganham a aderência dos princípios e das disposições relacionadas à ordem econômica e à intervenção do Estado na economia. Nos termos do artigo 170, estão indicadas a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente – inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação –, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Como observa EROS GRAU, a Constituição brasileira enuncia um conjunto de diretrizes, programas e fins que lhe conferem um plano global normativo do Estado e da sociedade, sendo o artigo 170 da Constituição uma disposição voltada a estabelecer uma nova ordem econômica.<sup>41</sup>

Cumprir notar, conforme aponta LUIS ROBERTO BARROSO, que os princípios dispostos no artigo 170 não possuem homogeneidade funcional entre si. O autor dá, como exemplo, o papel diverso que a livre concorrência desempenha na ordem econômica daquele reservado ao princípio em prol da busca do pleno emprego ou daquele que pugna pela redução das desigualdades regionais e sociais. Para BARROSO, é possível agrupar estes princípios em dois grupos, conforme tratem-se de princípios de funcionamento da ordem econômica e de princípios-fins. Os primeiros estabelecem os parâmetros basilares do relacionamento entre os agentes da ordem econômica e os segundos descrevem realidades materiais que o constituinte deseja ver alcançadas.<sup>42</sup>

O conjunto de princípios setoriais de funcionamento da ordem econômica, aos quais estão associados a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente formam a base das regras do domínio econômico que limitam e obrigam a conduta dos particulares, sendo a iniciativa privada – e o Estado na sua forma empresarial – a sua principal destinatária. Os princípios-fins, por sua vez, estabelecem os objetivos que toda a ordem econômica deverá atingir, como resultado final, e estão dispostos tanto no *caput* do artigo 170 – existência digna para todos – quanto nos seus incisos finais – redução das

---

<sup>41</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 174. EROS GRAU, na mesma passagem, afirma “que a nossa Constituição de 1988 é uma Constituição dirigente, isso é inquestionável”.

<sup>42</sup> BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out. 2001, p. 193.

desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e expansão das empresas de pequeno porte constituídas pela legislação brasileira.<sup>43</sup>

Os princípios-fim, portanto, apontam realidades almeçadas pelo Estado na ordem econômica, representando os seus objetivos sociais e informando a política econômica do governo no sentido da realização desses preceitos. À luz dessa compreensão, pode-se afirmar que o papel do Estado brasileiro na ordem econômica, conforme a Constituição de 1988, é o de preservação e “promoção dos princípios de funcionamento e implementação de programas para a realização dos princípios-fins”.<sup>44</sup> Para cada um desses papéis haverá a conformação de uma forma de intervenção estatal no domínio econômico, cuja disciplina básica está contida no Título VII (Ordem Econômica e Financeira) da Constituição de 1988, do artigo 170 ao artigo 192.<sup>45</sup>

Nesse ponto, a doutrina costuma conceituar a intervenção do Estado no domínio econômico em duas formas, mais por razões didáticas do que doutrinárias: a intervenção indireta e a intervenção direta.

---

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out. 2001, pp. 194-196. ANA FRAZÃO destaca, em análise de precursor e vanguardista entendimento esposado pelo Ministro Victor Nunes Leal no Recurso em Mandado de Segurança n. 12. 468, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1963, e que tratava da intervenção do Estado no domínio econômico, que o “paradigma do Estado democrático de direito traz em si uma unidade de sentido que permeia toda a Constituição e orienta a compreensão dos demais princípios: a dignidade da pessoa humana. Logo, muito mais importante do que discutir qual é o grau de capitalismo adotado pela Constituição é saber que a ordem econômica «tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social», tal como acentua o próprio *caput* do artigo 170”. FRAZÃO, Ana. Victor Nunes Leal e a intervenção do Estado na economia em prol da livre concorrência. In: **A contemporaneidade do pensamento de Victor Nunes Leal**. Instituto Victor Nunes Leal (org.). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70.

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Op. cit.**, pp. 196-198.

<sup>45</sup> SARA JANE DE FARIAS, em estudo sobre a evolução histórica dos princípios econômicos da Constituição, aponta a Constituição de 1934 como a pioneira no tocante à inclusão de elementos que caracterizam uma Constituição econômica. Sinteticamente e de forma cronológica, conforme a investigação da autora, a Constituição de 1824 (Constituição do Império), pregou o absentismo no campo econômico e social (embora haja elementos econômicos explicitamente presentes, como no artigo 15, X). A Constituição de 1891 (Constituição Republicana) preservou a orientação de cunho liberal, mas já incorporou questões econômicas, entre outras, relacionadas à tributação. A Constituição de 1934, já citada, foi a primeira a mencionar um título da ordem econômica e social, estabelecendo instrumentos de intervenção como o monopólio (artigo 116), o fomento (artigo 117), a nacionalização dos bancos (artigo 117) e das jazidas minerais (artigo 119, §4º). A Constituição de 1937, por sua vez, busca retomar a tese liberal, estabelecendo que a intervenção do Estado no domínio econômico “só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção” (artigo 135). A Constituição de 1946 adota, tal qual a de 1934, a titulação de Ordem Econômica e Social, e introduz o princípio – hoje fundamento da República brasileira nos termos do artigo 1º, IV, da Constituição de 1988 – de que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando liberdades de iniciativa com valorização do trabalho humano”. A Constituição de 1967, elaborada pela Ditadura Militar, estabelece a justiça social como finalidade da ordem econômica, com base nos princípios da liberdade de iniciativa, da valorização do trabalho como condição da dignidade humana e da função social da propriedade, entre outros. FARIAS, Sara Jane Leite de. Evolução histórica dos princípios econômicos da Constituição. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (Coord.). **Direito empresarial público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

A primeira consiste no exercício da competência legislativa e regulamentar estatal para disciplinar o exercício das atividades econômicas, seja no âmbito privado, seja no âmbito público,<sup>46</sup> com fundamento constitucional extraído diretamente do artigo 174.<sup>47</sup> Já a intervenção direta consiste no desenvolvimento por uma entidade administrativa de atividades de natureza econômica, seja em concorrência, seja em regime de exclusividade,<sup>48</sup> na exploração de atividades econômicas em casos necessários à segurança nacional, em atendimento a relevante interesse coletivo ou na prestação de serviços públicos (artigos 173 e 175).

## **1.2. A intervenção indireta na economia sob a forma de regulação e fomento**

Na intervenção indireta, o Estado não se comporta como sujeito econômico e, por essa razão, não toma parte ativa e direta no processo econômico. É uma forma de intervenção exterior, voltada ao enquadramento e à orientação manifestada em estímulos ou limitações, de variadas ordens, às atividades econômicas.<sup>49</sup> A Constituição brasileira, no artigo 174, dispõe sobre o papel do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, nas funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Com base nesse preceito, pode-se compreender a intervenção do Estado na ordem econômica a partir principalmente das atividades de regulação e de fomento.<sup>50</sup>

Cumprе ressaltar que a intervenção indireta do Estado no domínio econômico, na atualidade, está tão associada aos mecanismos de regulação que parte da doutrina

---

<sup>46</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 660. LUÍS S. CABRAL DE MONCADA observa, de forma bastante relevante, que os conceitos de intervenção direta e indireta do Estado não coincidem no direito administrativo e no direito econômico. No direito administrativo, a intervenção é indireta se a entidade for dotada de autonomia ou independência. No direito econômico, a intervenção é indireta se o Estado não for o titular efetivo da exploração econômica. Acrescenta ainda o autor: “Caso contrário, por mais independente juridicamente que a entidade econômica (a empresa) seja, como no caso da sociedade comercial, a intervenção será ainda «directa» se for o Estado (ou outra entidade pública) o titular real da exploração. A óptica é económica e não jurídica. A intervenção «directa» do Estado é mais ampla na óptica económica do que na jurídica. Na perspectiva do direito económico, parte daquilo a que no direito administrativo se chama intervenção indireta é aqui «directa» MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 44.

<sup>47</sup> Redação do artigo 174: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

<sup>48</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Op. cit.**, p. 661.

<sup>49</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. **Op. cit.**, p. 401.

<sup>50</sup> LUCAS ROCHA FURTADO adota a divisão entre atividades “de ordenação ou de polícia, definida pelo texto constitucional como a função de fiscalização” e de “fomento, referida pela Constituição como a função de incentivo”. FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 597.

cunhou a expressão “Estado Regulador”. Sua caracterização consiste, no conceito de MÁRCIO IORIO ARANHA, na atribuição de relevância não à interferência direta para promoção do desenvolvimento econômico social, nem mesmo à “não-intervenção para dinamização do mercado, mas pelo papel de coordenação, de gerenciamento, de controle, de intervenção indireta, ou sinteticamente, de regulação estatal”.<sup>51</sup> Nesse caso, para o autor, a regulação estatal deve ser entendida como resultado da compreensão do Estado e do mercado como fenômenos interdependentes e essenciais à consolidação dos direitos fundamentais.<sup>52</sup>

Para FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO, a emergência do paradigma da regulação não corresponde a uma automática diminuição de todo e qualquer intervencionismo estatal.<sup>53</sup> Para o autor, a observação da realidade demonstra exatamente a situação inversa: a redução do exercício direto de atividade econômica pelo Estado induziu um expressivo crescimento da intervenção estatal indireta, afastando qualquer conclusão a respeito de uma eventual desregulação. De fato, se por um lado o Estado deixa de ser o provedor do bem ou do serviço de relevância social, por outro, passa a deter a responsabilidade pelo exercício de algum controle sobre essa atividade, notadamente a fim de evitar que se descuide de uma atividade dotada de essencialidade e relevância pelo texto constitucional.<sup>54</sup>

Já a intervenção indireta do Estado no domínio econômico na modalidade fomento é definida por FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO como “a atividade estatal de incentivo positivo ou negativo a outra atividade desenvolvida por um ou vários particulares, de forma a condicionar o comportamento privado”.<sup>55</sup>

Para LUÍS MONCADA, o fomento, por sua vez, “consiste numa atividade administrativa de satisfação de necessidades de interesse geral, protegendo ou

---

<sup>51</sup> ARANHA, Marcio Iório. **Manual de Direito Regulatório**. 3. ed. London: Laccademia Publishing, 2015, p. 72.

<sup>52</sup> Idem, ibidem, p. 72. Sobre o contexto brasileiro, ressalta LUCIANO FERRAZ: “Com a implantação da Reforma Administrativa na última década, o Estado brasileiro pós-Constituição de 1988 assumiu nova modelagem estrutural e relacional - o eixo central dessa mudança reside na substituição do Estado prestacional pelo Estado Regulador, tendência verificada no capitalismo ocidental a partir de 1980”. FERRAZ, Luciano. Poder Público e Terceiro Setor: considerações acerca do dever de licitar e anteprojeto de lei da nova organização administrativa brasileira. **Biblioteca Digital Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 63, nov./dez. 2010, s.p.

<sup>53</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes, in SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 73.

<sup>54</sup> Idem, ibidem, p. 75.

<sup>55</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. **Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010, s.p.



promovendo atividades de sujeitos privados ou outros que directa ou indirectamente as satisfaçam”.<sup>56</sup> Por meio do fomento a determinadas atividades, o Estado emite comandos normativos e assume o papel de agente econômico ao orientar e direcionar a atuação dos agentes privados com o fim de realizar os interesses coletivos sem assumir a titularidade de uma atividade ou o compromisso de oferecê-la diretamente.<sup>57</sup> O fomento pode induzir não somente atividades econômicas, mas também atividades sociais, culturais, ambientais entre outras. A ação fomentadora pode ser implementada por diversos meios, os quais não são definidos tipologicamente a partir da doutrina ou da legislação. A doutrina apenas identifica os exemplos mais comuns de fomento, identificando-os nos benefícios fiscais e tributários, na política de créditos, cessão de bens, acesso a procedimentos administrativos mais céleres, oferecimento de assistência técnica entre outros meios.<sup>58</sup>

No que toca aos objetivos do presente estudo, são duas as observações a serem destacadas sobre as modalidades de intervenção indireta do Estado. Em primeiro lugar, deve ser observado que nem mesmo o emergente protagonismo da regulação como forma de intervenção do Estado no domínio econômico e o paradigma pós-Estado Social afastaram a relevância e o papel exercido pelas empresas estatais no que diz respeito ao seu protagonismo tanto no tocante à regulação quanto ao fomento. E que, além disso, as empresas estatais estão tão intrinsecamente associadas à intervenção estatal indireta, ainda que em uma perspectiva de antagonismo, que os estudos sobre o tema se conectam e se influenciam reciprocamente, a partir das estreitas relações que mantêm.

Nesse sentido, CAROLINA FIDALGO, observa que, no domínio dos mecanismos de intervenção indireta na economia, há inclusive concepções sobre a regulação que identificam uma função regulatória nas empresas estatais que atuam no mercado.<sup>59</sup> No

<sup>56</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 528. BAENA DE ALCAZAR destaca que, de uma atividade de estímulo, o fomento passou a ser um instrumento de intervenção econômica, turvando as fronteiras entre a atividade dos particulares e a atividade administrativa. ALCÁZAR, Mariano Baena de. Sobre el concepto de fomento. **Revista de Administración Pública**, n. 54, set/dez de 1967, pp. 82-85.

<sup>57</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. **Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010, s.p.

<sup>58</sup> Idem, ibidem. LUÍS MONCADA divide os meios de fomento em duas categorias: benefícios fiscais e benefícios de outra natureza. Entre esses últimos, para o autor, assumem particular importância “o aval do Estado, a garantia de emissão de obrigações e as entregas em dinheiro como os empréstimos e os subsídios”. MONCADA, Luís S. Cabral de. **Op. cit.**, p. 529.

<sup>59</sup> FIDALGO, Carolina Barros. **O Estado empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 68. Especificamente sobre esse ponto, destaca CALIXTO SALOMÃO FILHO: “No campo regulatório, trata-se de observar os efeitos externos da mesma regra de submissão do interesse dos acionistas ao interesse público. E esses efeitos podem ser muito relevantes. A sociedade de economia mista, desde que tenha poder suficiente no mercado, torna-se órgão planejador e direcionador do desenvolvimento setorial. É particularmente importante em mercados

destaque de MARIO ENGLER PINTO JUNIOR, por exemplo, constata-se o papel exercido pelas empresas estatais no preenchimento de espaços vazios deixados pelo setor privado. Nesse caso, em vez de realizar o propósito de disputa, a empresa estatal acaba por assumir função regulatória no sentido de organizar a cadeia produtiva na qual se insere, “mediante a distribuição de papéis baseada na ideia de especialização de funções, combinando com o fornecimento de insumos básicos considerados essenciais para viabilizar a instalação de empreendimentos privados”.<sup>60</sup>

Portanto, não deve ser afastada a relevância dos mecanismos de intervenção indireta do Estado na economia para a disciplina das empresas estatais. Pelo contrário, a devida compreensão dos seus elementos informadores envolve a análise do papel desempenhado pelas empresas estatais no contexto da crise do Estado social e da experiência advinda do intenso processo de privatização vivenciado no Brasil e das alterações por que passou o Estado e a Administração Pública.

Por fim, na esteira da reflexão de FLORIANO DE AZEVEDO NETO, vale realçar que o fenômeno da intervenção indireta do Estado não está associado, automaticamente, à desestatização. Embora a atuação empresarial do Estado tenha merecido uma releitura e tenham ganhado relevo as formas indiretas de intervenção estatal, o recurso a esse instrumento de ação ainda se mostra muito relevante nos tempos atuais.

### **1.3. A intervenção direta no domínio econômico: a exploração de atividades econômicas em sentido estrito e a prestação de serviços públicos**

As formas de intervenção direta do Estado no domínio econômico são aquelas que mais atraem debates a respeito do regime jurídico que lhes é aplicável. Sejam as atividades de exploração econômica, sejam os serviços públicos, sejam as atividades monopolizadas pelo Estado, é justamente no campo da intervenção direta que se faz observar amplo debate na doutrina e na jurisprudência sobre o correto enquadramento das atividades desempenhadas. Esse cenário é agravado pelas profundas transformações

---

desregulamentados em que a empresa estatal ou de economia mista exerce verdadeira função de planejamento e regulação setorial ao mesmo tempo que, sentindo a pressão da concorrência das empresas privadas, tem forte estímulo para a busca da eficiência econômica. É ao estudo dessa nova sociedade de economia mista, síntese do interesse público e privado, planejadora e capitalista, e à compreensão e (quando possível) resolução de suas contradições internas, que se devem dedicar os esforços dos estudiosos de direito societário de ora em diante. Faz-se premente, portanto, a preocupação e o estudo específico do direito societário das empresas públicas e sociedades de economia mista” COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 137-138.

<sup>60</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. **O Estado como acionista controlador**. Tese (Doutorado em direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 31.

porque passam o Estado e o Direito Administrativo, que proporcionam ao tema novos desafios antes mesmo que os anteriores recebam soluções satisfatórias.

O artigo 173 da Constituição de 1988 dispõe que, ressalvados os casos previstos no próprio texto constitucional,<sup>61</sup> a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, nos termos da lei, estabelecendo também um regime jurídico que será melhor examinado no Capítulo II.<sup>62</sup>

À luz desse dispositivo, para MARÇAL JUSTEN FILHO, a atividade econômica do Estado pode ser conceituada como o desempenho, por entidade administrativa, sob forma e regime de direito privado, “de atividade econômica propriamente dita, nas hipóteses previstas na Constituição ou em lei, quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou à satisfação de relevante interesse público”.<sup>63</sup>

Como destaca LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, essa forma de intervenção faz do Estado um agente econômico principal ao mesmo nível do agente econômico privado. Somente é concebida no contexto de um Estado intervencionista, o qual compreende situações que, na teoria geral do direito administrativo, são identificadas na Administração Indireta do Estado em um quadro de descentralização administrativa.<sup>64</sup>

Correlacionadas ao objeto de estudo, são três as questões de maior relevo na análise do texto constitucional ao dispor sobre a intervenção direta do Estado. A primeira está relacionada à própria compreensão do que é atividade econômica e do que são os serviços públicos no contexto adotado. A segunda e a terceira questão relacionam-se às hipóteses já autorizadas pela Constituição e aos pressupostos da intervenção direta, notadamente no tocante ao conteúdo do artigo 173 e a correspondente definição do interesse público que o Estado deve perseguir na hipótese de exploração de atividade econômica. Por fim, emerge a necessidade de reflexão acerca da arquitetura da organização administrativa que será voltada a essas respectivas modalidades de atuação.

---

<sup>61</sup> GUSTAVO KAERCHER LOUREIRO defende que no artigo 173 está a base total da conformação constitucional da ação econômica estatal direta. Os fundamentos utilizados pelo autor serão referenciados amplamente na presente investigação, pela importância e pela capacidade explicativa do quadro relativo ao regime jurídico a ser aplicado na intervenção estatal por empresas públicas e sociedades de economia mista. LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 113.

<sup>62</sup> Para uma análise sobre a existência de discricionariedade potencial no enunciado normativo do art. 173, *caput*, da Constituição, cfr. SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do *caput* do art. 173 da Constituição brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 107-138, mai. 2015.

<sup>63</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 797.

<sup>64</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 279-280.

O ordenamento brasileiro não define uma compreensão do que é atividade econômica, já estabelecendo de partida um espaço de disputa para concepções de atividades econômicas que, a depender do ângulo de observação, irão repercutir, por exemplo, nos critérios de enquadramento das atividades consideradas serviços públicos.<sup>65</sup> Como resposta a esse amplo espaço de conformação, a doutrina passou a adotar uma conceituação de atividade econômica em sentido amplo como gênero do qual a atividade econômica em sentido estrito e os serviços públicos seriam espécie, a qual não tem encontrado relevantes divergências doutrinárias.<sup>66</sup> Para MARÇAL JUSTEN FILHO, há atividade econômica propriamente dita quando a necessidade a ser satisfeita não envolve a imediata e direta incidência de direitos fundamentais, tal como ocorre com as atividades empresariais conhecidas.<sup>67</sup> E, ainda, para o mesmo autor, a atividade econômica em sentido estrito peculiariza-se pela possibilidade de exploração econômica lucrativa, na qual pode ocorrer a apropriação privada dos benefícios, e que se fundamenta nos princípios da exploração empresarial, da livre iniciativa e da livre concorrência.<sup>68</sup>

Além disso, como destacado no começo do presente tópico, a exploração de atividade econômica pelo Estado não ocorre em qualquer caso, mas apenas naqueles expressamente ressalvados no texto constitucional e nos necessários aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Também aqui há a utilização de critérios cujos conceitos não estão definidos na Constituição, notadamente quanto a este último. Como destaca NATÁLIA BERTOLO, a grande problemática decorre da imprecisão do conceito de relevante interesse coletivo e da indeterminação do conceito de interesse público. A vagueza conceitual autoriza a doutrina a formular inúmeras interpretações, muitas das quais sem o rigor necessário para basilar uma compreensão adequada do tema.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> MARTINS, Renata de Abreu. **Regime licitatório constitucional das empresas estatais: análise de constitucionalidade do tratamento homogêneo estabelecido pela Lei Federal n. 13.303/2016**. 2018. 140 f. Dissertação (Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, pp. 42-43.

<sup>66</sup> É o que destaca MARÇAL JUSTEN FILHO, acrescentando, ainda, que não há “uma distinção intrínseca entre atividade econômica e serviço público” para concluir que “logo, o serviço público não pode ser diferenciado de modo absoluto de atividade econômica, porque apresenta igualmente natureza e função econômicas”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 662. Cfr. também GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 100-101.

<sup>67</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Op. cit.**, p. 662.

<sup>68</sup> Idem, *ibidem*, p. 664.

<sup>69</sup> BONFIM, Natália Bertolo. **O interesse público nas sociedades de economia mista**. 2012. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, pp. 80-81 e pp. 110-11. Para uma reflexão sobre a controvérsia da supremacia do interesse público sobre o interesse privado com base na leitura procedimental do paradigma do Estado Democrático de

Cumpra ressaltar também a intervenção direta do Estado na economia sob regime de monopólio. Instituído pelos artigos 176 e 177 da Constituição, a União detém o monopólio na pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e do comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, à exceção dos radioisótopos, da pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos,<sup>70</sup> e da pesquisa e lavra de jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, do refino de petróleo, da importação e exportação de hidrocarbonetos e dos seus derivados básicos, o transporte marítimo do petróleo nacional e seus derivados, bem como do transporte por duto de petróleo, seus derivados e gás natural, sejam eles de origem nacional ou não.<sup>71</sup>

A intervenção direta do Estado no domínio econômico também pode ser observada na prestação de serviços públicos. Nesse sentido, esclarece ALEXANDRE ARAGÃO que, no direito brasileiro, os serviços públicos são atividades de prestação de utilidades econômicas a “indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade”.<sup>72</sup>

Nos termos do artigo 175 da Constituição, o Poder Público é incumbido, na forma da lei, a prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. O tema receberá abordagem

---

Direito feita por Jürgen Habermas, cfr. FISCHGOLD, Bruno. **Direito Administrativo e Democracia: a inconstitucionalidade do princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. Cumpra destacar também a relevante observação de RENATA DE ABREU MARTINS de que até o presente momento não ocorreu qualquer controle de constitucionalidade dos motivos invocados para a criação de determinada empresa estatal, evidenciando que a análise do mérito da identificação de determinada atividade com o relevante interesse público ou com a soberania nacional tem ficado a cargo exclusivamente da Administração e do legislador. MARTINS, Renata de Abreu. **Regime licitatório constitucional das empresas estatais: análise de constitucionalidade do tratamento homogêneo estabelecido pela Lei Federal n. 13.303/2016**. 2018. 140 f. Dissertação (Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, p. 46.

<sup>70</sup> Cf. artigo 176 da Constituição de 1988.

<sup>71</sup> Cf. artigo 177, incisos I a IV, da Constituição de 1988. Para MARÇAL JUSTEN FILHO, no monopólio estatal “existe uma atividade econômica que, por razões políticas, é atribuída ao Estado”. Para o autor, o monopólio estatal não se confunde com o serviço público, porque não se destina a satisfazer, de modo direto e imediato, direitos fundamentais. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 803. GUSTAVO KAERCHER LOUREIRO controverte essa concepção, estabelecendo que essa diferença “é parcial e é formal: monopólio e serviço público situam-se no mesmo polo da grande dicotomia ‘público/privado’. Mas a manifestam de diferentes maneiras e de diversas perspectivas”. Para aprofundamento da questão, cfr. LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas constituições brasileiras (1891-1934). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47-93, jan. 2011.

<sup>72</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 130.

específica no Capítulo II, mas já se pode afirmar que passou por grandes transformações no último século, tendo enfrentado mais de uma crise conceitual. Na atualidade, diferente do modo pelo qual fora concebido originalmente, com grande frequência se observa o seu exercício em regime de concorrência, em profunda alteração do quadro factual e teórico inicialmente estabelecido.

A definição de serviço público atrai grande complexidade e pode contemplar desde concepções extremamente abrangentes, que abarquem todo tipo de atuação estatal,<sup>73</sup> até definições restritas, consistentes naquelas atividades prestacionais que detenham um liame imediato com os indivíduos, singularmente identificáveis e cuja fruição possa ser quantificada.<sup>74</sup> Além disso, também não se identifica consenso, como destaca NATÁLIA BERTOLO, sobre a necessidade ou não de submissão da atividade a um regime jurídico de direito público para que ela seja caracterizada como serviço público e, tampouco, “sobre o que se deve entender por serviços e bens essenciais para a coletividade, no atual estágio da vida humana em sociedade”.<sup>75</sup>

Importante destacar também que parte da doutrina administrativista brasileira realiza uma distinção estanque entre a prestação, pelo Estado, de serviços públicos, com suporte nas disposições do artigo 175 da Constituição, e a exploração de atividades econômicas, com fundamento no artigo 173.<sup>76</sup> Contudo, na esteira da reflexão de ALMIRO

<sup>73</sup> BONFIM, Natália Bertolo. **O interesse público nas sociedades de economia mista**. 2012. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 79. A autora cita, como exemplo, atividades como: jurisdição, polícia, legislação e atividades prestacionais.

<sup>74</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 124.

<sup>75</sup> BONFIM, Natália Bertolo. **Op. cit.**, p. 81. A problemática da submissão a regime jurídico de direito público será discutida adiante, mas já se pode adiantar, pela defesa dessa submissão, a posição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, e pela possibilidade de prestação de serviços públicos em regime privado a posição de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, em MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1979, e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

<sup>76</sup> Entendimento adotado, por exemplo, por IRENE NOHARA: “Quando as estatais prestam serviços públicos, há alteração do seu regime jurídico, mas elas continuam sendo pessoas jurídicas de direito privado. [...] A principal marca característica diz respeito à sua submissão ao art. 175 da Constituição, voltado para a prestação de serviço público, e não ao art. 173, que trata da exploração direta de atividade econômica pelo Estado”. NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 618. A autora, na edição mais recente da obra citada, reconhece a existência da dicotomia, mas aponta que a Lei n. 13.303/2016 a abandonou, o que seria fonte de controvérsias. Esse tema será objeto dos tópicos seguintes. NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 639. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO também assim se posiciona quanto à dicotomia: “O legislador brasileiro, como também boa parte da doutrina, não tem se preocupado em fazer distinção mais precisa entre as empresas que executam atividade econômica de natureza privada e aquelas que prestam serviço público. No entanto, já mencionamos o fato de que a Constituição de 1988 permite uma distinção, quanto ao regime jurídico, entre esses dois tipos de empresa. O artigo 173 determina que, ressalvados os casos previstos na Constituição, ‘a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos

DO COUTO E SILVA, essa distinção radical sempre se mostrou duvidosa. Para o autor, a partir do momento em que o Estado passou a agir diretamente, ou mediante delegação de atividades econômicas de interesse coletivo, no que foi identificado como serviços públicos de natureza industrial e comercial, a linha “divisória entre atividade econômica e serviço público tornou-se menos nítida, uma vez que a atividade econômica, até então reservada aos particulares, tornou-se a matéria de que eram feitos aqueles serviços públicos”.<sup>77</sup>

Como bem observa MÁRCIO IÓRIO ARANHA, modernamente, a intervenção estatal tem como pressuposto a necessária garantia das prestações materiais que são essenciais à fruição dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a plena fruição desses direitos passa a abranger uma série de questões e a modernização do direito administrativo “desloca o Estado para o *intervencionismo indireto*, resultando na entrega de maior poder normativo às instituições reguladoras coerentemente com o novo modelo de prestação de serviços públicos”.<sup>78</sup>

De toda sorte, na caracterização das formas de intervenção direta e indireta do Estado no domínio econômico, como será desenvolvido com maior profundidade no tópico a respeito das tendências da Administração, a imagem mais ilustrativa da matéria é a do pêndulo, cunhada por CAIO TÁCITO. Ao refletir sobre as tendências do direito público brasileiro, o autor se refere a uma dança do pêndulo entre dois extremos da intervenção estatal, em busca do equilíbrio estável do ponto tido por ideal em determinado contexto.<sup>79</sup>

---

da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei’. [...]. Uma primeira lição que se extrai do artigo 173, § 1º, é a de que, quando o Estado, por intermédio dessas empresas, exerce atividade econômica, reservada preferencialmente ao particular pelo caput do dispositivo, ele obedece, no silêncio da lei, a normas de direito privado. Essas normas são a regra; o direito público é a exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente. Outra conclusão é a de que, se a própria Constituição estabelece regime jurídico de direito privado, as derrogações a esse regime somente são admissíveis quando dela decorrem implícita ou explicitamente. A lei ordinária não pode derogar o direito comum, se não admitida essa possibilidade pela Constituição. Tais conclusões, repita-se, somente se aplicam quando as empresas governamentais sejam instituídas para atuar na área da iniciativa privada. [...]. Se a atividade for econômica (comercial ou industrial) mas assumida pelo Estado como serviço público, tais normas não têm aplicação, incidindo, então, o artigo 175 da Constituição, segundo o qual incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 436-437.

<sup>77</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 45-74, out. 2002, p. 58.

<sup>78</sup> ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. 3. ed. London: Laccademia Publishing, 2015, p. 59.

<sup>79</sup> TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 1-10, out. 1995.

Na análise realizada em 1995, CAIO TÁCITO apontou a expressiva valorização da iniciativa privada em áreas peculiares à atividade estatal, tais como nos serviços de energia elétrica. Para o autor, em análise das mudanças vivenciadas já na década de 1990, a Constituição de 1988 caminhou para a reavaliação “de seus endereços programáticos e de sua efetiva funcionalidade, tanto pelo saneamento de suas próprias contradições como ainda para a recepção da experiência internacional”, na esteira das transformações então vivenciadas pelo ordenamento jurídico brasileiro de liberalização e privatização.<sup>80</sup>

Após quase três décadas, mais uma vez, o movimento do pêndulo reposiciona os debates e a compreensão do tema, notadamente no tocante às empresas estatais, conforme as reflexões desenvolvidas no presente estudo.

## **2. O Estado e a organização administrativa contemporâneos: elementos caracterizadores e transformações**

Como bem sintetiza FREITAS DO AMARAL, entende-se por “organização administrativa o modo de estruturação concreta que, em cada época, a lei dá à Administração Pública de um dado país”.<sup>81</sup> Nesse sentido, a organização administrativa está em um contínuo movimento confluyente com as mudanças por que passa o Estado sucessivamente ao longo do tempo.<sup>82</sup>

Na quadra atual, identifica-se na conformação dos textos constitucionais aos direitos fundamentais uma das maiores contribuições à nova concepção de Estado. A incorporação dos direitos fundamentais ao ordenamento jurídico, como anota LUCAS ROCHA FURTADO, impactou a organização e as funções do Estado Moderno, cuja formatação, ainda definida em estrita observância ao princípio da legalidade, passa a ter nos direitos fundamentais não apenas a sua fundamentação, mas também a sua própria razão de existir.<sup>83</sup> Essas transformações culminaram na existência de uma Administração Pública contemporânea pouco semelhante à Administração unitária, coesa, mínima e

---

<sup>80</sup> TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 1-10, out. 1995, p. 10.

<sup>81</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 613.

<sup>82</sup> A respeito da estrutura da organização administrativa brasileira, cfr. MOTTA, Fabrício. Organização estrutural da administração pública brasileira. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito administrativo e suas transformações atuais: Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: Íthala, 2016, pp. 217-226.

<sup>83</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 33.



hierarquizada do século XIX, identificada com as ideias do liberalismo e do Estado-mínimo burguês.<sup>84</sup>

Como aponta MARIA JOÃO ESTORNINHO, já há muitos anos é colocada a questão da adequação da dogmática administrativista às transformações vivenciadas pela Administração Pública, diante das profundas alterações nas suas formas de organização e de atuação.<sup>85</sup> Tais transformações se fazem sentir também na atuação do Estado mediante empresas estatais e demandam a necessidade de constantes reflexões. Cumpre, portanto, compreender os principais elementos dessas mudanças e, principalmente, os aspectos que se fazem notar neste início do século XXI. Dentro desse quadro é que se inserem as reflexões posteriores do estudo sobre as empresas estatais e o seu regime jurídico.

Apenas a título de contextualização, nos termos das reflexões desenvolvidas no tópico anterior, notadamente a partir da Segunda Guerra, o Estado foi demandado a intervir de forma mais efetiva na sociedade e na economia, passando a desempenhar atividades de empresário, de investidor e de prestador de serviços públicos,<sup>86</sup> identificados no contexto do emergente constitucionalismo social e do Estado Social. Isto é, na expressão de PABLO LUCAS VERDÚ, o “Estado de direito foi enriquecido de conteúdo”, servindo de amparo aos direitos públicos subjetivos e transformando os súditos em cidadãos.<sup>87</sup>

Desde então, em um processo contínuo e cada vez mais intenso, nota-se a evolução – e os abalos – decorrentes da progressiva expansão de atribuições a serem desempenhadas pela Administração Pública, com a assimilação de mecanismos de participação administrativa, de ponderação de interesses no direito administrativo, de processualização e de consensualidade na atividade administrativa, entre outros.<sup>88</sup> Tais elementos fazem emergir na atualidade novos debates sobre a crise do Estado ou, sob

---

<sup>84</sup> MODESTO, Paulo. Anteprojeto de Nova Lei de Organização Administrativa: Síntese e Contexto. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 27, julho/agosto/setembro de 2011.

<sup>85</sup> ESTORNINHO, Maria João. **Organização Administrativa da Saúde - Relatório Sobre o Programa, os Conteúdos e os Métodos de Ensino**. Coimbra: Almedina, 2008 p. 15.

<sup>86</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 33.

<sup>87</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. **La Lucha por el estado de derecho**. Bolonia: Real Colegio de España, 1975, p. 94.

<sup>88</sup> Sobre os aspectos citados, especificamente, cfr. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

outro ângulo, sobre a reação do Estado a essa conjuntura, o seu redimensionamento e os seus novos paradigmas.<sup>89</sup>

No confronto entre as estruturas concebidas e modelos emergentes, na síntese de ODETE MEDAUAR, estão, de um lado, o Estado do bem-estar, um Estado de grandes dimensões que atua com intensidade no domínio econômico – inclusive mediante a criação de empresas estatais –, com políticas sociais ativas e redistributivas. Do outro lado, o Estado do início do século XXI, que indica a opção por funções específicas e que atua no domínio econômico com menor intensidade, priorizando a regulação, a privatização e o estímulo à iniciativa privada, com foco na eficiência da gestão dos recursos públicos, na diminuição de despesas com o social e no estímulo ao Terceiro Setor.<sup>90</sup>

Esse cenário de crise, porém, não deve ser interpretado como tendente ao desaparecimento do Estado ou à decadência dessa forma de organização política. Na verdade, os abalos em questão expõem tensões, causadas pelas ambiguidades e contradições decorrentes do contexto vivenciado, que exigem adaptações recíprocas direcionadas ao equilíbrio.<sup>91</sup> Nesse sentido, observa-se a intensa transformação vivenciada pelo Estado e a absorção de novas atribuições alinhadas aos tempos modernos, com o desaparecimento de funções antes consideradas essenciais.<sup>92</sup>

Naturalmente, a transformação do Estado tem o seu reflexo na Administração Pública, conferindo-lhe novos contornos organizacionais e atribuindo-lhe novas funções e novas facetas para que sua atuação corresponda à nova realidade. Os principais elementos desse percurso serão tratados a seguir.

## 2.1. Rupturas e continuidades na Administração Pública do século XX

O exame das mudanças ocorridas na Administração Pública a partir da década de 1930,<sup>93</sup> período coincidente com o recurso mais intenso das empresas estatais, observa-se a progressiva ampliação e assunção de novos papéis pelo Estado. À medida que

<sup>89</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 105.

<sup>90</sup> Idem, *ibidem*, p. 105.

<sup>91</sup> CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 61.

<sup>92</sup> SOTELO, Ignacio. **El Estado social**: Antecedentes, origen, desarrollo y declive. Madrid: Trotta, 2010, pp. 319-325.

<sup>93</sup> É o período coincidente com o progressivo aumento do recurso às empresas estatais, cf. tópicos seguintes.

aumentavam as funções estatais, o papel do Estado diferenciou-se definitivamente em relação à postura não intervencionista típica do paradigma anterior.

No destaque de ODETE MEDAUAR, a Administração Pública no século XIX, “escondida” dentro do poder executivo, é considerada um dos pontos fracos da clássica concepção de separação de poderes.<sup>94</sup> Para VASCO PEREIRA DA SILVA, sob o aspecto da sua atuação, a Administração do Estado Liberal fez do ato administrativo o seu modo quase exclusivo de agir e, quanto à organização administrativa, apresentou uma estrutura concentrada e centralizada, de modo que “a concepção da actuação administrativa correspondente à lógica de funcionamento da Administração do Estado Liberal pendia para uma noção autoritária”.<sup>95</sup>

Também nesse sentido, DAVID DUARTE aponta que, no conjunto de fatores que explica o carácter autoritário da Administração Liberal, o envolvimento da separação entre o Estado e a Sociedade se insere em “um quadro de consequente redução e minimização do interesse público primário e, genericamente, do âmbito de fins estaduais que são realizáveis, quase exclusivamente, por meios de intervenção jurídica unilateral”.<sup>96</sup> Todos esses elementos, além de estarem relacionados às mudanças que culminaram no Estado Social, são ainda muito exemplificativos de diversas Administrações ocidentais, razão que explica os diversos movimentos de reforma administrativa que perduram até a atualidade.

Como ressalta ODETE MEDAUAR, o Estado Social adquiriu proporções gigantescas e tornou-se fundamental à coletividade, viabilizando uma Administração Pública diferente daquela até então concebida. Em outras palavras, esse Estado emergente, de grandes proporções, posicionou-se em contraposição àquele Estado

---

<sup>94</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 141. Cfr., também, para uma reflexão sobre o “fim da era de Montesquieu” à luz da complexidade das relações contemporâneas, ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan. 2014.

<sup>95</sup> SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 40. O autor ainda destaca, sobre a organização administrativa do Estado Liberal: “a razão de ser deste modelo de organização administrativa prende-se com as exigências políticas a que o liberalismo vai procurar dar resposta. Com efeito, a «burguesia necessitava de uma estrutura administrativa racional e centralizada, que permitisse eliminar as disparidades locais e conseguir a formação de um mercado nacional, bem como eliminar os perturbadores entraves feudais; e também precisava de uma Administração robusta e enérgica, que procedesse à criação das infraestruturas e serviços necessários para potenciar a actividade económica (estradas, canais, caminhos-de-ferro, educação) e que permitisse a instauração de uma ordem pública vigorosa» (SANTAMARIA PASTOR). A organização da estrutura administrativa em termos unificados e hierarquizados aparecia, então, como um instrumento necessário para a instauração da ordem política e económica do liberalismo”. Idem, ibidem, p. 41.

<sup>96</sup> DUARTE, David. **Procedimentalização, Participação e Fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996, p. 32.

mínimo, ao qual correspondia uma Administração mínima, caracterizada ainda por ser uniforme, hierárquica, piramidal e centralizada.<sup>97</sup>

Na medida em que o Estado passou a ampliar o domínio das suas atividades e a assumir novos papéis, em um contexto cada vez mais contraposto e voltado à superação do paradigma do Estado Liberal, observou-se uma expansão da Administração Pública em dois sentidos, conforme as lições de MASSIMO GIANNINI, notadamente a partir da década de 1930.<sup>98</sup> O primeiro dos sentidos destacado pelo autor está relacionado à ampliação da estrutura estatal, culminando na multiplicação dos órgãos centrais e em um processo de criação de entes dotados de personalidade jurídica própria, na difusão de centros administrativos e em um panorama de fragmentação do aparato administrativo, cada vez mais plurirrelacionado com o entorno social.

O segundo sentido da expansão da Administração ocorreu nos seus campos de atividade, passando a atuar em setores específicos, na realização de atividades comerciais e industriais e na ampliação, em geral, dos domínios de intervenção, marcados por uma nova forma de atuar pautada pelo resultado e pela eficiência. Em ambos os casos, tais movimentos traduziram o reconhecimento da dificuldade do agir administrativo diante das mudanças em marcha, ainda pautado essencialmente pelas normas de direito público e por uma Administração hierarquizada, piramidal, unitária, monocrática e centralizada.<sup>99</sup>

A imagem que representa essa mudança pode ser da transição entre uma Administração unificada, típica do século XIX, para uma Administração desagregada, própria do século XX, o que trouxe dúvidas quanto à capacidade de controle administrativo efetuado pelo poder central.<sup>100</sup> Nesse ponto, é precisa a observação de

<sup>97</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, pp. 141-144.

<sup>98</sup> GIANNINI, Massimo Severo. I pubblici poteri negli stati pluriclasse. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**. v. 29, n. 2/3, pp. 389-404, 1979, p. 390. IGNACIO SOTELO aponta que a “idade de ouro” do Estado de bem-estar correspondeu aos primeiros três decênios que seguem a segunda Guerra Mundial, portanto, aproximadamente aos anos de 1972 e 1973, momento em que irrompeu a primeira crise do petróleo. SOTELO, Ignacio. **El Estado social**: Antecedentes, origen, desarrollo y declive. Madrid: Trotta, 2010, p. 230.

<sup>99</sup> MEDAUAR, Odete. **Op. cit.**, pp. 145-146.

<sup>100</sup> A expressão é de ODETE MEDAUAR, Idem, ibidem, p. 145, que acrescenta na mesma página que “da imagem de pirâmide de cada ministério passou-se à imagem de uma rede de pirâmides, acrescentando-se ainda o rol de órgãos destituídos de personalidade jurídica, como *staffs* consultivos, sistemas de controle horizontal, grupos formados em torno de projetos, comissões e conselhos de vários tipos. A confusão organizacional transforma-se em regra”. Além disso, conforme problematiza SABINO CASSESE, surge a necessidade da reflexão de que todas essas transformações causaram profundo abalo nas bases em que se assentavam a teoria do Estado aplicada ao direito administrativo, assim entendido o Estado como centro e como unidade. CASSESE, Sabino. **Derecho Administrativo**: Historia y futuro. Sevilla (España): Global Law Press; Instituto Nacional de Administración Pública, 2014b, p. 351. Segundo o mesmo autor, passa-se a observar a tendência do Estado de perder as características que definiam a sua estrutura originária como

BAENA DA ALCAZAR no sentido de que “apesar das transformações ocorridas na sociedade contemporânea e das mudanças nas missões do Estado, a visão sobre o quadro da estrutura administrativa estatal não se alterou, como se nada houvesse ocorrido no mundo nos últimos cinquenta anos”.<sup>101</sup> Para o mesmo autor, ainda, a crença na estrutura administrativa vigente permaneceu como se fosse possível estar limitada a apenas alguns retoques na elaboração de uma teoria jurídica da organização administrativa que seja válida para a compreensão do Estado na atualidade.

Na década de 1980, registrou-se uma crise generalizada da gestão pública, com relevantes questionamentos diante da importância e da profundidade da relação constituída entre os cidadãos e o Estado, expondo, em questões práticas, os dilemas de realizar novas funções em velhas estruturas. Assim, a maior proximidade com a população, o predomínio da publicidade do agir administrativo, a preocupação com o resultado, a atuação policêntrica, a desregulamentação, a redução das atuações com poder de império e, especialmente, o maior uso do direito privado e a privatização das entidades e das relações de emprego passaram a ser tendências da Administração no período.<sup>102</sup>

Esse fenômeno é muito bem explicitado por MARIA JOÃO ESTORNINHO. Ao apontar o exercício de novas tarefas pela Administração Pública mediante formas de organização e atuação jurídico-privadas, a professora destaca ainda a generalização da atividade administrativa contratual.<sup>103</sup> Para a autora, no Estado Social, a Administração pública sofre uma “recaída” e passa a manifestar sintomas de uma “esquizofrenia”, em que “a dogmática administrativista orgulha-se da afirmação da dualidade de regimes

---

unidade, organizada de forma hierárquica e como ordenamento compacto; assiste-se a um movimento de desagregação ou de perda de coerência e unidade estatal na medida em que os poderes públicos estatais tendem a se organizar cada vez mais em rede. Ou, ainda nas palavras de CASESE, “los Estados se vuelven porosos”. Idem, ibidem, pp. 353-354.

<sup>101</sup> ALCÁZAR, Mariano Baena del. **La estructura administrativa del Estado Contemporáneo:**

Lección inaugural del curso académico 1976-77 en el Colegio Universitario San Pablo (C.E.U.). Madrid: Fundación Universitaria San Pablo-CEU, 1976, pp. 15-16.

<sup>102</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, pp. 147-149. Destaca LUCAS ROCHA FURTADO que, durante essa trajetória o aumento das atribuições estatais culminou em um agigantamento do Estado e na sua crise, especialmente na década de 1980, que revelou a incapacidade dos mecanismos do Estado Social de atender as demandas da população. FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo.** 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 34.

<sup>103</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado.** Coimbra: Almedina, 1999, pp. 35-46. Na obra *Requiem pelo Contrato Administrativo*, a autora aponta que a figura do contrato administrativo de inspiração francesa foi expediente utilizado para permitir à Administração manter as suas prerrogativas de autoridade, mesmo na sua atividade contratual. Conclui que o regime jurídico do contrato administrativo é, em si mesmo, compatível com o Direito contratual comum. ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo.** Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão), pp.183-184. No Brasil, como será debatido em tópico posterior, o Estatuto das Empresas Estatais irá estabelecer previsão expressa – inédita na matéria – de que os contratos firmados por essas empresas nos termos do estatuto serão regidos pelo direito privado – além, naturalmente, das previsões contidas na própria Lei n. 13.303/2016.

jurídicos aplicáveis à Administração, expressa nomeadamente na distinção entre «gestão pública» e «gestão privada»<sup>104</sup>.

É relevante observar que o recurso, pela Administração, ao regime de direito privado evidenciou as dificuldades da atuação administrativa no contexto emergente de intensificação dos papéis do Estado.<sup>105</sup> Em outras palavras, representou o reconhecimento das dificuldades do agir administrativo, norteado rigidamente por normas do direito público e efetuado pela estrutura centralizada. Como destaca ODETE MEDAUAR, a opção pelas empresas estatais, sobretudo nos países em desenvolvimento, possibilitou a contratação facilitada de pessoal, não só pela ausência de um meio que garantisse a impessoalidade (concurso público), como pela remuneração em maiores patamares do seu pessoal, além de constituir um meio utilizado para contrair empréstimos externos.<sup>106</sup>

Para PAULO OTERO, a privatização das formas organizativas seu deu tanto a partir da criação *ex novo* de novas pessoas jurídicas de direito privado por entidades públicas, quanto pela conversão da forma de organização de antigas entidades públicas em formas organizativas jurídico-privadas, assim compreendidas como privatização formal.<sup>107</sup> No contexto dessas mudanças, a Administração passou a adotar formas típicas do direito comercial para criar novas entidades para o desempenho de tarefas que, direta ou indiretamente, instrumentalizam fins de interesse público.<sup>108</sup> Como resultado, segundo o autor, o conjunto de entidades constituídas sob a forma jurídico-privada passou a

<sup>104</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 354.

<sup>105</sup> Sobre a generalização do recurso às formas de direito privado e, em especial, do contrato, nesse período, cfr. Idem, ibidem, pp. 42-46.

<sup>106</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 145.

<sup>107</sup> OTERO, Paulo. **Manual de direito administrativo**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 468. No Brasil há o caso emblemático da criação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Criado em 1931, o Departamento de Correios e Telégrafos era órgão da Administração Federal Direta, vinculado ao Ministério de Viação Pública e Obras. Em 1968 passou a estar vinculado ao Ministério das Comunicações até a sua transformação em empresa pública. Sobre esse ponto CLARISSA MESQUITA destaca: “Havia na época um forte estímulo para que atividades estatais até então alocadas na Administração Direta passassem a ser desempenhadas sob outros modelos jurídicos, criados pelo processo de descentralização administrativa. Partia-se da ideia de que era preciso capacitar os entes da Administração de maior autonomia gerencial e financeira, e de flexibilidade de ação, o que não os impediria de desempenhar atribuições de natureza pública”. MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo. **O regime jurídico do setor postal: desafios contemporâneos e perspectivas para o setor**. 2012. 234f. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 30.

<sup>108</sup> OTERO, Paulo. **Op. cit.**, 2016, p. 469. Para o autor, essa realidade levanta a questão “de saber se a prossecução por via empresarial dos interesses públicos em causa pode ser feita sob formas jurídicas de organização privada, isto é, disciplinadas muito em particular pelo Direito Comercial, assistindo-se aqui a um fenómeno de «fuga» para o Direito Privado, ou, pelo contrário, existe um imperativo constitucional de prossecução empresarial dos interesses públicos através de formas organizativas típicas do Direito Público”. OTERO, Paulo. **Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 220.

materializar uma Administração Pública indireta privada, coexistente em paralelo a uma Administração Pública indireta pública, a qual em nenhuma circunstância desvincula e nem exonera o Estado da sua responsabilidade institucional de garante, regulador e polícia das realidades jurídicas privatizadas.<sup>109</sup>

Toda essa realidade e, em especial, o maior uso do direito privado pela Administração Pública estabeleceu uma crise de identidade institucional, a partir do abalo dos quadros tradicionais do direito administrativo e da desconexão entre parte da organização administrativa e a subordinação predominante ao direito administrativo, que vieram a se aprofundar na década seguinte.<sup>110</sup>

## **2.2. A aceleração das transformações na Administração Pública na década de 1990 e as tendências no início do século XXI**

A partir da década de 1990, identifica-se um amplo movimento de reforma administrativa, ocasionado por um contexto marcado por reformas econômicas, liberalização dos mercados, privatização das empresas estatais e desregulamentação.<sup>111</sup> Entre os principais elementos que guiaram a reforma administrativa, destacam-se o foco no cidadão, a transparência, a eficiência e a forte descentralização.

Em especial, ganharam relevo nesse período de reformas a privatização difusa, caracterizada pela transferência ao setor privado de funções públicas, a redução do número de órgãos administrativos, a continuidade na expansão de práticas inspiradas no direito privado e o uso de técnicas de gestão com foco no resultado.

---

<sup>109</sup> OTERO, Paulo. **Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 465. MARIA JOÃO ESTORNINHO adota posição semelhante. Ciente de que tal entendimento implica “a necessidade da redefinição do próprio conceito e fronteiras da «Administração Pública» em sentido orgânico a qual, nomeadamente, deixa de ser constituída por pessoas colectivas públicas”, a autora defende que as formas de organização e de atuação jurídico-privadas de entidades pertencentes ao setor público não deixam de ser Administração Pública, sendo esta a única solução para evitar a “fuga para o direito privado”, especialmente quanto aos controles e fiscalização pelo tribunal de contas. ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 327-328.

<sup>110</sup> OTERO, Paulo. **Manual de direito administrativo**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 471. O mesmo autor ainda destaca: “Em todas as situações de privatização da forma organizativa, podendo envolver ou não a criação de sociedades comerciais, depara-se sempre com um fenómeno de ‘privatização de sujeitos’, servindo-se a Administração Pública das formas organizativas típicas do Direito Privado, designadamente do Direito Comercial, para criar novas entidades, todas elas dotadas de uma personalidade jurídica de Direito privado, e confiar-lhes tarefas que, direta ou indiretamente, as instrumentaliza aos fins de interesse público subjacentes à entidade pública que está na respetiva génese”. Idem, ibidem, p. 469.

<sup>111</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 150.

A Administração passou a utilizar intensamente mecanismos de regulação, aplicável tanto aos setores privatizados quanto àqueles antes desprovidos de qualquer regulamentação do Poder Público. Além disso, o Poder Público passou a estimular a concorrência, inclusive no campo dos serviços públicos, em um contexto de amplo recurso às parcerias público-privadas. Em um período marcado por graves crises financeiras e grande descontentamento com o poder público, alimentou-se no seio dos Estados nacionais uma *reform euphoria* que culminou com a decepção quanto ao resultado das reformas e a expectativa da redução do tamanho do Estado, que, mesmo abdicando da gestão de muitos serviços, ganhou novos e amplos papéis.<sup>112</sup>

Além disso, o forte movimento de desqualificação do Estado como realizador de direitos fundamentais, na década de 1990, foi superado pela visão de que, no contexto atual, a atuação do Estado não se restringe mais à prestação direta de serviços à população. Passa a ter destaque, assim, a atuação como agente incentivador ou parceiro de entidades privadas que se dedicam ao desempenho de serviços de interesse da população. Nesse cenário, reconhece-se a incapacidade tanto do setor público, quanto do setor privado – empresarial ou não – de resolverem isoladamente as questões básicas relacionadas à concretização dos direitos fundamentais.<sup>113</sup>

Neste início do século XXI, uma nova geração de mudanças se apresenta. Como aponta SABINO CASSESE, percebe-se a tendência de se estabelecer um novo equilíbrio entre o público e o privado, distinto da compreensão mantida no século XX. Além disso, ganha primazia a “revolução dos direitos”, outorgando-se aos cidadãos direitos em face da Administração de natureza e em extensão até o momento desconhecidos.<sup>114</sup>

Em especial, identifica-se a implantação de técnicas de informação e comunicação que visam a uma democracia e a um governo digitais, o apelo por maior capacidade de resposta das instituições estatais e o impulsionamento da capacidade e da qualidade da prestação dos serviços públicos. Além disso, neste início de século, observa-se a ampliação das atividades do Estado, a progressiva execução de serviços públicos pelo

---

<sup>112</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 151. Sobre a crise financeira global de 2008 e a sua relação com a ideologia neoliberal, cfr. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A crise financeira global e depois: um novo capitalismo?. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 86, p. 51-72, Mar. 2010.

<sup>113</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 34.

<sup>114</sup> CASSESE, Sabino. **Derecho Administrativo: Historia y futuro**. Sevilla (España): Global Law Press; Instituto Nacional de Administración Pública, 2014b, p. 374.



setor privado, o maior alcance do poder de regulação estatal e a aceleração do movimento de reforma, que passa a ser obrigação e a visar uma melhoria contínua e sistemática.<sup>115</sup>

De um lado, a Administração Pública se vê diante dos mesmos desafios e das mesmas pressões resultantes das cíclicas crises econômicas, dos efeitos da globalização e das constantes contestações da forma de exercício do poder administrativo. De outro, é cada vez mais intensa a influência de novas tecnologias e a aceleração social, conforme as reflexões de HARTMUT ROSA e WILLIAM SCHEURMAN.<sup>116</sup> A era moderna, marcada pela velocidade, repercute profundamente no direito administrativo e, principalmente, na administração pública. Essa realidade desafia a aplicação do apontamento de SABINO CASSESE de que, reconhecida a transformação que todo organismo social e todo sistema de conceitos vivencia com o passar do tempo, deve-se prestigiar não só o estudo e a análise do sentido da transformação, mas também – e principalmente – os principais elementos e os paradoxos que lhes dá origem,<sup>117</sup> como é proposto na presente investigação.

Para CASSESE, entre os elementos que identificam as transformações na Administração, há dois que merecem destaque. O primeiro é a velocidade das transformações que o direito administrativo vem experimentando e o segundo é a sua continuidade. As primeiras mudanças vivenciadas pelo direito administrativo ocorreram ao longo de grande tempo; as atuais, ocorrem de forma cada vez mais breve e veloz. Nas últimas décadas, aponta o autor, observa-se a tensão entre a velocidade e a continuidade

<sup>115</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 154-156

<sup>116</sup> Entre outros aspectos de sua tese, HARTMUT ROSA problematiza que a dinâmica das estruturas da modernidade produziu consequências fundamentalmente diferentes daquelas da transição para o século XXI, a qual é marcada por uma quebra na estrutura social, na cultura e nas formas de identidade da sociedade moderna; o que, ao fim, resulta em uma sociedade diferente. ROSA, Hartmut. **Social Acceleration: a New Theory of Modernity**. New York: Columbia University Press, 2013, p. 24. Sobre a globalização, por exemplo, ROSA destaca que “the genuinely new thing about present-day globalization consists not in the appearance of the processes discussed under this heading, but rather in the speed with which they transpire”, acrescentando mais à frente: “individuals and nation-states have grown too slow for the rate of transaction in globalized modernity”. Assim, a educação, a política, e o direito não conseguem acompanhar o ritmo dos desenvolvimentos dessa época. Ao mesmo tempo, uma significativa quantidade de grupos marginalizados, tanto no terceiro mundo quanto nos países desenvolvidos, progressivamente tornam-se “dessincronizados” de desenvolvimentos estruturais e culturais importantes. Idem, ibidem, p. 19. Por sua vez, WILLIAM SCHEURMAN traz a reflexão sobre como possibilitar a participação, gerar estabilidade e propiciar a confiança necessária para que a relação entre cidadão e Estado ocorra de forma eficaz em uma sociedade acelerada, na qual se observa uma quebra na estrutura social, na cultura e nas formas de identidade da sociedade moderna, e em que ocorre também uma decrescente capacidade de os cidadãos confiarem em exitosas experiências políticas passadas para orientar os seus atos no presente. SCHEURMAN, William. *Citizenship and speed*. In: ROSA, Hartmut. **High-speed society – social acceleration, power, and modernity**. University Park: Pennsylvania State University Press, 2012, p. 298.

<sup>117</sup> CASSESE, Sabino. **Derecho Administrativo: Historia y futuro**. Sevilla (Espana): Global Law Press; Instituto Nacional de Administración Pública, 2014b, p. 369.

no direito administrativo, especialmente porque os temas de reforma foram convertidos em uma temática permanente. Essa tensão produz diversas contradições, notadamente em função de transformações que ocorrem de forma setorial, proporcionando a convivência do “novo direito administrativo” com o velho.<sup>118</sup>

É à luz desse contexto, no destaque de PAULO MODESTO, que as normas de organização ocupam grande relevo no estudo do direito administrativo contemporâneo. Nesse cenário, não é nenhuma surpresa a constatação dos desafios apresentados à disciplina da organização administrativa, em geral, e em particular no Brasil, tida pelo autor como “o capítulo mais inconsistente do direito administrativo nacional”.<sup>119</sup>

Diante de todos esses elementos, MARIA JOÃO ESTORNINHO aponta a necessidade de reflexão sobre diversos temas que ganham relevância na atualidade. Em especial, a redefinição das tarefas a cargo da Administração Pública infraestrutural, a compreensão da emergência de um conceito funcional de serviço público, a falência da noção clássica de Administração Pública em sentido orgânico e os direitos fundamentais dos usuários de serviços públicos, bem como suas implicações estruturais e orgânicas. Ainda, para a autora, apresentam-se como debates da atualidade a compreensão e o estudo dos princípios constitucionais sobre organização administrativa – notadamente sobre concentração e descentralização – e as novas fronteiras da Administração direta e indireta.<sup>120</sup>

Sob essa conjuntura, e com realce para o objeto da investigação, o (novo) papel das empresas estatais fica em evidência, conforme as reflexões a seguir.

### 2.3. As empresas estatais na atualidade

Diante de todo esse contexto, a disciplina das empresas estatais se renova e ganha atualidade. Alguns autores apontam, como MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, que atualmente mais do que propriamente influenciar a economia, a motivação para a criação de empresas estatais revela muito mais uma mudança paradigmática da coisa pública, de

<sup>118</sup> CASSESE, Sabino. **Derecho Administrativo: Historia y futuro**. Sevilla (Espana): Global Law Press; Instituto Nacional de Administración Pública, 2014b, p. 370.

<sup>119</sup> MODESTO, Paulo. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 539.

<sup>120</sup> ESTORNINHO, Maria João. **Organização Administrativa da Saúde - Relatório Sobre o Programa, os Conteúdos e os Métodos de Ensino**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 17.

natureza puramente organizatória.<sup>121</sup> Outros autores, como LUCILA DE ALMEIDA e MÁRIO SCHAPIRO, apontam que as empresas estatais têm se mostrado como instrumentos de uma nova perspectiva de intervenção do Estado na economia.

No tocante à postura interventiva, esta passa a se basear em novos pressupostos. O Estado volta a ser considerado como agente indutor das mudanças, em um movimento no qual, mantida ainda a relevância dos mecanismos de regulação, não atua mais propriamente de forma diretiva do ambiente econômico, mas volta-se à coordenação e à governança tanto por meio de uma lógica de parceria e colaboração com agentes privados quanto no balizamento da ação privada. A empresa estatal, relativamente adormecida no Estado regulador, é reinserida na sua função pública.<sup>122</sup>

Para além do destaque de VÉRA SUELI STORCK, no tópico 1 – Capítulo I, de que a visão sobre o papel a ser desempenhado pela empresa estatal está associada a uma percepção distinta sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, é preciso considerar também a realidade interna de cada país.

Em Portugal, por exemplo, conforme os apontamentos de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, as motivações para a criação de empresas públicas têm manifestado razões menos intervencionistas e mais de ordem organizacional. Na perspectiva do autor, são invocados motivos de ordem administrativa – flexibilidade, por exemplo – e financeira para a substituição do modelo burocrático tradicional. Nesse sentido, pretende-se alcançar maior flexibilidade mediante a transformação de serviços administrativos tradicionais, a

<sup>121</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. **As empresas públicas nos tribunais administrativos**: contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2007, p. 27. Para o autor, a tarefa intervencionista “é hoje deixada, sobretudo, para as novas formas de regulação descentralizada, levada a cabo por entidades administrativas com características de independência”. Idem, *ibidem*.

<sup>122</sup> ALMEIDA, Lucila Gabriel de. **As duas faces da Petrobrás**: a persistente dinâmica da empresa estatal no arranjo institucional brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) - FGV - Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2011, pp. 50-54, e SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia**: persistência e dinâmica da atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, pp. 290-299. De fato, como observam FLÁVIA SQUEFF, MAURO SILVA e PAULO KLIASS, no “Brasil, há atualmente 144 empresas estatais federais ativas que estão sob a coordenação e a governança da Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Sest) do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG). Se persiste um intenso debate sobre o futuro do modelo de atuação empresarial do Estado brasileiro, ainda sob a égide de perspectivas futuras de privatização, desinvestimento ou reconfiguração em torno de novos modelos organizacionais híbridos, a questão não somente não se encerra como segue demandando uma melhor qualificação do debate em torno da construção desse novo “modelo” – ou de novos modelos, diante da pluralidade e da heterogeneidade das estatais nacionais e dos diferentes objetivos sociais que podem ser contemplados por esta configuração organizacional e jurídica”. SQUEFF, Flávia de Holanda Schimdt; SILVA, Mauro Santos; KLIASS, Paulo. Apresentação: empresas estatais – introdução A uma agenda de pesquisa. In: **Boletim de Análise Político-Institucional**, n.1, 2011. Brasília: Ipea, 2011-Semestral, p. 5.

fim de atingir pequenos fins que posicionem a atuação administrativa em um domínio de técnicas que demandam menores controles públicos. Em contundente crítica quanto a esse quadro, o autor manifesta a percepção de que, em lugar de “se reformar o Direito geral que enquadra (toda) a actividade administrativa, muitas vezes o que se faz é, deixando esse Direito geral (e o consequente problema) intocado, criar Direitos singulares, por exemplo através da criação de empresas públicas”.<sup>123</sup>

No Brasil, a questão ganha uma dimensão diferente, muito mais relacionada às circunstâncias políticas, econômicas e sociais peculiares dos países latino-americanos em geral. Neste início de século XXI, como destaca LUCILA DE ALMEIDA, é preciso considerar o pouco entusiasmo com as reformas institucionais ocasionado pela frustração com os pífios resultados das reformas neoliberais e dos intensos movimentos de privatização das décadas anteriores. A esse fator, somam-se a aguda crise financeira de proporções mundiais, ocorrida nos Estados Unidos em 2008, e a alteração do eixo econômico global para a Ásia. Tais elementos impactam profundamente a realidade de países como o Brasil e impulsionam o resgate do Estado como solução e como agente indutor de mudanças no domínio econômico.<sup>124</sup>

Dessa vez, contudo, está-se diante de um quadro profundamente diferente daquele retratado pelo Estado Social e que torna relevante o desafio de identificar a nova roupagem e a nova forma de atuação das empresas estatais.<sup>125</sup>

Em um primeiro plano, emergem as preocupações a respeito dos riscos que o momento apresenta para a realidade brasileira. A atuação estatal na economia baseia-se fundamentalmente no artigo 173 da Constituição de 1988, estruturado em conceitos fluidos, indeterminados e passíveis de interpretações que podem levar ao agigantamento desmesurado da atuação empresarial do Estado. Tais riscos estão associados à potencial prevalência dos interesses próprios da Administração Pública em detrimento do interesse público.

Nesse sentido, aumenta o risco de que a atuação estatal volte-se à utilização de medidas de controle para defender privilégios e contrariar as próprias normas de regência

---

<sup>123</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. **As empresas públicas nos tribunais administrativos**: contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 27-29.

<sup>124</sup> ALMEIDA, Lucila Gabriel de. **As duas faces da Petrobrás**: a persistente dinâmica da empresa estatal no arranjo institucional brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) - FGV - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011, pp. 48-49.

<sup>125</sup> Para uma exposição sobre os obsoletismos do direito administrativo na atualidade, cfr. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. pp. 369-384.

da atividade exercida, de que ocorra o uso político das estatais e, por fim, de que processos de privatização que consubstanciem, ao revés, a manutenção de expressiva e decisiva presença estatal. Como bem anota VITOR RHEIN SCHIRATO, grande parte de tais riscos emergem de concepções advindas da própria doutrina e da jurisprudência, que tradicionalmente buscam criar mecanismos de privilégios e exceções em favor das empresas estatais.<sup>126</sup>

Por outro lado, o momento atual é propício, como aponta o mesmo autor, para que as empresas estatais sejam fortalecidas no seu papel de instrumentos de políticas públicas e no desenvolvimento e aprofundamento das intersecções com os agentes privados e o direito privado. Nesse sentido, essas novas perspectivas podem resultar em diversas novas fronteiras para as empresas estatais, seja no compartilhamento do seu controle com agentes privados, seja na realização de sociedades de propósitos específicos para empreendimentos individualizados, seja no recurso a parcerias público-privadas, entre outras.<sup>127</sup>

Como será apresentado com ampla contextualização nos tópicos a seguir, é relevante lembrar que as empresas estatais sempre foram um ponto agudo na intersecção entre o público e o privado, mediante as associações de capitais com particulares, e dos regimes jurídicos de direito público e de direito privado. O êxito desse novo momento das empresas estatais, contudo, passa pela solução do problema que envolve a compreensão e a definição do regime jurídico aplicável, notadamente à luz das disposições inauguradas pela Lei n. 13.303/2016.

---

<sup>126</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 162-191.

<sup>127</sup> Idem, ibidem, pp. 191-205.

## CAPÍTULO II

### AS EMPRESAS ESTATAIS: ENTRE A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS, A EXPLORAÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS E AS TRANSFORMAÇÕES VIVENCIADAS NO SÉCULO XX

#### 1. A ascensão das empresas estatais

Em julho de 1965, o Professor da Faculdade de Direito de Belgrado NICOLA BALOG apresentou ao Congresso Internacional de Ciências Administrativas, em Paris, relatório sobre a organização administrativa das empresas públicas.<sup>128</sup> Os principais pontos abordados, sobre os quais se manifestaram trinta e oito países, foram o estatuto jurídico das empresas públicas, a direção e o controle do Estado, as influências internas e externas na gestão, a política em matéria de pessoal, descentralização da gestão e a participação dos trabalhadores, bem como, por fim, as formas de controle *a posteriori*.<sup>129</sup>

Em observação datada da década de 1960, NICOLA BALOG já destacava que as empresas públicas eram um fenômeno característico da época, consequência da progressiva expansão da atuação estatal na economia e da ampliação do papel das empresas estatais, notadamente nos países em desenvolvimento. De acordo com o professor, essas empresas ganharam espaço na organização social e econômica dos Estados Modernos, independentemente dos fundamentos ideológicos e filosóficos em que baseavam suas estruturas sócio-econômicas e jurídicas.<sup>130</sup> Para JUAN CASSAGNE, o processo pelo qual o Estado assumiu a realização de atividades econômicas típicas da

---

<sup>128</sup> O trabalho foi publicado no Brasil, no ano de 1967, em quatro edições da Revista de Direito Administrativo, produzida pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, FGV Direito Rio.

<sup>129</sup> BALOG, Nicola. A organização administrativa das empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 87, p. 35-51, jul. 1967, p. 47.

<sup>130</sup> Idem, ibidem, p. 45. Na reflexão de Franco Sobrinho, “1) este fato é a consequência da expansão progressiva do setor público da economia, bem como da ampliação do seu papel, no curso dos últimos decênios, em particular nos países em desenvolvimento; 2) estas empresas fazem parte integrante da organização social e econômica dos Estados modernos, quaisquer que sejam, em geral, os fundamentos ideológicos e filosóficos sobre os quais repousa sua estrutura sócio-econômica e jurídica; e 3) mesmo quando se trata de países cuja organização sócio-econômica é idêntica ou análoga, no que concerne aos conceitos, à extensão, ao papel geral e às funções, a expressão desta realidade varia condicionada pelas exigências do meio social”. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Organização e mecânica administrativa das empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 104, p. 49-75, out. 1971, p. 52.

iniciativa privada na maior parte dos países ocidentais significou, concretamente, a utilização das diversas formas jurídicas societárias oriundas do direito comercial.<sup>131</sup>

Na análise da realidade apresentada pelos diversos países que colaboraram com o estudo, BALOG ressaltou que as empresas públicas eram constituídas em função do sistema constitucional e da sua estrutura orgânica, espelhando o regime econômico-social em vigor, sem ignorar as tradições sobre as quais repousavam.<sup>132</sup>

Quanto ao estatuto jurídico das empresas estatais, o estudo de NICOLA BALOG apontou a indicação do Relator-Geral da conferência quanto à conveniência de uma lei geral para as empresas públicas, que teria lugar paralelamente à lei reguladora das demais sociedades comerciais. Como vantagem da existência desse estatuto, conforme os apontamentos advindos do encontro, o professor citou a uniformidade das regras para todas as empresas públicas, assegurando um estatuto geral bem definido e estável, com o limite preciso da sua ação, e a definição das regras de base da sua gestão. Para encontrar a sua devida justificação, a lei deveria ser editada em um contexto de existência de muitas empresas públicas e desde que as estipulações da lei guardassem flexibilidade suficiente para prever as derrogações possíveis em relação aos tipos particulares de empresas públicas que pudessem existir.<sup>133</sup>

BALOG destacou que, diante desse cenário, muitos argumentos foram colocados contra a ideia de uma lei geral. De acordo com os opositores dessa ideia,<sup>134</sup> cada empresa pública deve ser organizada com base em uma lei que define os atributos

---

<sup>131</sup> Segundo Cassagne: “El proceso por el cual el Estado ha asumido la realización de actividades económicas propias de la iniciativa privada en la mayor parte de los países de signo occidental, especialmente europeos, significa como hecho objetivo, la utilización de las distintas formas jurídicas societarias del derecho comercial. Ello no implica que el problema no pueda ser analizado también desde la óptica de la justificación de las actividades comerciales o industriales que lleva a cabo el Estado que, entre nosotros, excedieron en muchas ocasiones los límites que marca el principio de la suplencia o subsidiariedad, ni menos significa aceptar, en el plano de la valoración, el uso de las técnicas instrumentales del derecho privado para actividades que tradicionalmente se encuentran regidas por el derecho administrativo (v.gr. el servicio público que prestan las universidades)”. CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. Tomo I. 6. ed. Editorial Lexis Nexis: Buenos Aires, 2006, p. 401.

<sup>132</sup> BALOG, Nicola. A organização administrativa das empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 87, p. 37. No estudo realizado, cumpre ressaltar, foram analisadas as realidades das empresas estatais em regimes capitalistas e em regimes socialistas. Apesar das diferenças oriundas do sistema econômico, o fenômeno da atuação empresarial do Estado manifestou-se em ambos os regimes.

<sup>133</sup> Idem, ibidem, v. 87, p. 49.

<sup>134</sup> No Brasil, por exemplo, sobre a sociedade de economia mista, Trajano Valverde opina pela prescindibilidade de uma lei especial a regular a criação e o funcionamento desses entes. Para o autor: “Estaria fadada a contínuas modificações impostas pelas peculiaridades de cada organização. Poderia também ensejar abusos, com as descabidas intervenções do poder público, por motivos meramente políticos”. VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 429-441, abr. 1945, p. 437.

desejados e que nem sempre podem ser previstos ou estabelecidos de antemão. Como cada empresa pública tem missão, tarefas e objetivos determinados, a estabilidade gerada por uma lei geral se oporia à principal vantagem de uma empresa pública, que seria justamente a flexibilidade que dificilmente seria compatível com um regime jurídico uniforme.<sup>135</sup>

A leitura do interessante relatório que decorreu da realização do Congresso Internacional de Ciências Administrativas evidencia a riqueza de questões e a multiplicidade de visões sobre a natureza, o regime jurídico e o papel das empresas estatais nos Estados modernos, já expressas desde as suas primeiras manifestações.

Em especial, ainda no início da adoção disseminada das empresas estatais, identifica-se a preocupação com a necessidade de um estatuto geral, com o regime jurídico a ser aplicável – de direito público, direito privado ou até um regime misto –, bem como a posição a ser ocupada por elas no esquema da organização administrativa. Nesse sentido, a devida compreensão do tema deve observar a experiência e o contexto do ordenamento estudado, como será debatido nos tópicos seguintes.

### 1.1. O conceito no direito brasileiro

Na conceituação de LUCAS ROCHA FURTADO, as empresas estatais são pessoas jurídicas dotadas de personalidade jurídica de direito privado, cuja instituição somente pode ser autorizada por meio de lei específica, e se sujeitam ao regime jurídico de direito privado, ressalvadas as hipóteses previstas na Constituição.<sup>136</sup> Essa definição abrange

<sup>135</sup> BALOG, Nicola. A organização administrativa das empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 87, pp. 49-50.

<sup>136</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 164. As hipóteses a que o autor se refere estão relacionadas ao objeto da presente investigação, no tocante à definição do regime jurídico das empresas estatais. O conceito de empresa estatal no Brasil é mais restrito do que em outros países. Em Portugal, por exemplo, como informa DIOGO FREITAS DO AMARAL, o Decreto-Lei n. 133/2013 não adota um conceito unitário, definindo as duas principais espécies de empresas públicas no ordenamento português nos artigos 5º e 6º. Como aponta o autor, a forma jurídica da empresa pública não é relevante para a formação do conceito – pois há empresas públicas sob a forma de pessoa jurídica de direito público e há outras sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, por exemplo. Além disso, aquelas organizadas sob a forma privada caracterizam-se pela subordinação à influência dominante do Estado, a qual pode resultar da maioria do capital, da maioria dos direitos de voto, entre outros. Não há necessariamente maioria de capitais públicos. Esses poderiam ser apontados como as principais diferenças quanto ao conceito brasileiro, visto que, no Brasil, as empresas estatais são constituídas exclusivamente na forma de pessoa jurídica de direito privado e devem possuir maioria de capital público (o aspecto da influência dominante não é absorvido pelo ordenamento). À luz desses conceitos, o autor define empresa pública como “organizações económicas de fim lucrativo, criadas e controladas por entidades jurídicas públicas”. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 335. JOÃO PACHECO AMORIM indica a evolução do conceito em Portugal para adequação ao conceito fornecido pelo direito comunitário – e corrente também nos direitos alemão, francês e espanhol –



tanto a empresa pública quanto a sociedade de economia mista e está associada, no direito brasileiro, a uma mera convenção terminológica, visto inexistir conceituação legal que a defina nesses termos.<sup>137</sup>

A empresa pública é conceituada por MARÇAL JUSTEN FILHO como pessoa jurídica de direito privado, “dotada de forma societária, cujo capital é de titularidade de uma ou mais pessoas de direito público e cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou a prestação de serviço público”.<sup>138</sup> A sociedade de economia mista, na definição do mesmo autor, é entendida como “uma sociedade anônima sujeita a regime diferenciado, sob controle de entidade estatal, cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público”.<sup>139</sup> Ambas as definições expostas trazem estreita conexão com o conceito legal de empresa pública e de sociedade de economia mista definidos no artigo 5º do Decreto-Lei n. 200, editado em 1967.

Nos termos desse decreto, os dois modelos se distinguem quanto à formação do capital e à forma jurídica adotada por essas empresas. Em especial, a empresa pública deve ter capital exclusivo do Estado e pode assumir qualquer das formas admitidas em direito, ao passo que a sociedade de economia mista tem a maioria do capital votante pertencente ao Estado ou à entidade da Administração Indireta, podendo assumir exclusivamente a forma de sociedade anônima.<sup>140</sup>

---

que “abstrai da forma jurídico-organizatória da empresa, bastando-se com a titularidade estadual do poder de designar a maioria dos membros dos seus órgãos de administração e fiscalização”. AMORIM, João Pacheco de. **As Empresas Públicas no Direito Português** (em especial, as empresas municipais). Coimbra: Almedina, 2000, p. 14.

<sup>137</sup> Como bem destaca Lucas Rocha Furtado, a primeira questão enfrentada no estudo das empresas estatais é de caráter terminológico. Para ilustrar a questão, cita o artigo 17, inciso I, da Lei n. 8.666/93, que faz referência às entidades “paraestatais”, as quais, em uma leitura sistemática da legislação, levam à conclusão de que abrangem também as empresas estatais e sociedades de economia mista. Dessa forma, conclui o autor, a adoção de um ou outro termo por vezes se traduz em mera convenção terminológica. FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 164. Caio Tácito também usa a expressão “empresas estatais” tal qual adotada no presente estudo, v. TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 1-10, out. 1995, p. 3.

<sup>138</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 259.

<sup>139</sup> Idem, *ibidem*, p. 274.

<sup>140</sup> BARRETO FILHO, O. Formas jurídicas da empresa pública. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 72, n. 1, p. 398-409, 1 jan. 1977, p. 400. No tocante ao enquadramento na organização administrativa, as empresas estatais compõem a Administração Pública Indireta, na categoria das entidades de personalidade jurídica de direito privado, juntamente com as fundações públicas, com os consórcios públicos/privados e com as sociedades controladas. A Administração Indireta, quanto às entidades de personalidade jurídica de direito público que a compõe, também é composta pelas autarquias e pelos consórcios públicos. Deve ser destacada, ainda, que, entre as empresas estatais, há aquelas recebem do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária, denominadas de empresas estatais dependentes, nos termos do artigo 2º da Lei Complementar n. 101, de

Em 30 de junho de 2016, com a edição da Lei n. 13.303, o conceito de empresas públicas e de sociedades de economia mista foi atualizado, conforme exposição que será apresentada no tópico 3 – Capítulo II.

Apesar das inovações trazidas, a lei não dispôs com maior clareza sobre o regime jurídico aplicável às empresas estatais, mantendo a controvérsia instaurada sobre o tema e que repercute nas alegações realizadas acerca da sua inconstitucionalidade.

Os questionamentos hoje levantados sobre o tema podem ser melhor compreendidos a partir da compreensão de como as empresas estatais surgiram historicamente no país e como os seus delineamentos foram definidos pela legislação, doutrina e pela jurisprudência.

## 1.2. Breve contexto do surgimento das empresas estatais no Brasil

Aponta CAIO TÁCITO que a empresa constituída pelo Estado, visando a fins econômicos, tem antecedentes históricos que remetem às antigas companhias holandesas e portuguesas. No século XV e XVI, essas companhias materializavam interesses da Coroa com o objetivo de obter novos recursos para os mercados europeus.<sup>141</sup> Nesse sentido, a companhia ou sociedade anônima não é fórmula nova, mas sim um produto do Estado nacional da época mercantilista. Como expõe TRAJANO VALVERDE, o Estado absolutista deu vida a essas companhias, conferindo-lhes favores, privilégios, monopólios e atribuições administrativas, participando direta ou indiretamente do empreendimento e compartilhando dos seus riscos.<sup>142</sup> No Brasil, historicamente, é comum a remissão, pela

---

04 de maio de 2000. Ademais, o regramento contido no Decreto-Lei n. 200/1967 e o seu contexto serão debatidos nos tópicos seguintes.

<sup>141</sup> TÁCITO, Caio. Regime jurídico das empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 195, p. 1-8, jan. 1994, p. 1. Sobre o tema, Luís Cabral de Moncada destaca: “O fenómeno da responsabilização dos poderes públicos centrais e locais pela actividade económica tem raízes longínquas na maioria dos países europeus. Anteriormente ao século XIX, a monarquia absolutista adoptou formas de actividade económica pública de grande significado, frequentemente em moldes monopolistas, no quadro de políticas económicas desenvolvimentistas à imagem do «colbertismo» francês e do «comercialismo» alemão. O seu objectivo era o engrandecimento do poder económico e político do Estado Absolutista”. MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 283.

<sup>142</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 429-441, abr. 1945, p. 430. CARLOS ARI SUNDFELD aponta, na história brasileira, a importância dos monopólios régios, que abrangiam atividades econômicas em geral. Segundo o autor, “Dada a impossibilidade material de o Estado Português exercer diretamente esses privilégios, pela ausência de estrutura burocrática capaz de fazê-lo, diferentes modelos jurídicos foram sendo usados para sua delegação a empreendedores privados. Assim, surgiram, no período colonial, as Companhias de Comércio (a origem, aliás, das modernas sociedades anônimas)”. SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. In SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Económico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 317.

doutrina, à criação do primeiro Banco do Brasil,<sup>143</sup> mediante associação de capitais públicos e privados, como o primeiro antecedente das empresas estatais no país.<sup>144</sup>

É preciso ter em conta, porém, que a característica em exame da intervenção estatal no domínio econômico, diretamente ou por meio de suas empresas, se diferencia fundamentalmente das atividades mencionadas.<sup>145</sup> Pouco ou nada da observação das experiências anteriores pode servir de analogia ou base para justificar o relevante fenômeno das empresas estatais na atualidade, que só pode ser compreendido no contexto das inéditas transformações na sociedade contemporânea.<sup>146</sup>

Nessa perspectiva, compreende-se que a própria concepção de Estado Liberal e a sua Constituição Econômica não oferecia a demanda e o suporte para a existência de entidades estatais que interviessem no domínio econômico, tal qual hoje essas empresas são concebidas. No paradigma liberal, a intervenção do Estado era tida por indevida. Como pressuposto à constituição de companhias ou de sociedade por ações, por exemplo, não se admitia sequer a necessidade de prévia autorização estatal.<sup>147</sup> Ao fim do *longo século de liberalismo que só terminou em 1914*, na expressão de ALBERTO VENÂNCIO, essa tendência é invertida.

Como destaca TRAJANO VALVERDE, especialmente na Alemanha, a criação de numerosas sociedades de economia mista nem sempre foi motivada por deficiência de capital ou de iniciativa privada, mas por interesse coletivo, proteção militar, desenvolvimento industrial e conquista de mercados.<sup>148</sup> Com a progressiva generalização da intervenção estatal no domínio econômico, fundada em variadas causas de intervenção e de fins perseguidos, o Estado passou a se ver na contingência de instituir empresas públicas ou sociedades de economia mista, a fim de atender às demandas que o interesse público lhe impunha.

<sup>143</sup> Para uma contextualização aprofundada da criação do Banco do Brasil e do seu funcionamento, cfr. FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **História do Banco do Brasil**: (história financeira do Brasil desde 1808 até 1951). Rio de Janeiro: Banco do Brasil, 1979. 5 v.

<sup>144</sup> TÁCITO, Caio. Direito administrativo e direito privado nas empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 151, p. 22-28, jan. 1983, p. 23.

<sup>145</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico** – o direito público econômico no Brasil. Edição Fac-similar da de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 427.

<sup>146</sup> Idem, ibidem, pp. 426-427.

<sup>147</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 429-441, abr. 1945, p. 432. Para o autor, na mesma página, “O liberalismo econômico não podia sequer conceder ao Estado esta última intromissão na organização das empresas sob forma anônima. As grandes e poderosas companhias do século passado e do começo deste conseguiram, conjugadas, interna e externamente, com outras organizações do mesmo gênero, dominar o Estado e os mercados internacionais”.

<sup>148</sup> Idem, ibidem, p. 433.

O surgimento das empresas estatais no Brasil pode ser compreendido como episódio que acompanha o crescimento da intervenção do Estado no domínio econômico, bastante característico do direito público da segunda metade do século XX,<sup>149</sup> notadamente a partir da década de 1930. A criação do Instituto de Resseguros do Brasil,<sup>150</sup> pelo Decreto-Lei n. 1.186, de 3 de abril de 1939, marca o início de uma fase profícua de criação de empresas estatais, na qual merecem destaque a criação da Companhia Siderúrgica Nacional (1941), da Companhia Vale do Rio Doce e do Banco de Crédito de Borracha (1942), da Companhia Nacional de Alcális (1943), da Companhia Hidrelétrica do São Francisco (1945), e da Fábrica Nacional de Motores (1946).<sup>151</sup> No destaque de TRAJANO VALVERDE, todas essas empresas, sem exceção, revelavam o objetivo do governo de promover e acelerar o desenvolvimento das indústrias de base, alicerçadas na matéria-prima nacional.<sup>152</sup>

Nas décadas seguintes, intensificou-se a política desenvolvimentista brasileira, na qual se destacou a criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE – 1952), a Petrobrás (1953), a Novacap (1956),<sup>153</sup> a Rede Ferroviária Federal (1957), e a

<sup>149</sup> TÁCITO, Caio. Regime jurídico das empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 195, p. 1-8, jan. 1994, p. 3.

<sup>150</sup> O Instituto de Resseguros do Brasil foi privatizado em 2013, em um processo que durou quase treze anos. Disponível em <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-09-01/depois-de-13-anos-de-processo-privatizacao-do-irb-brasil-sera-concluida-ate-outubro> Acesso em 03 fev. 2019. O IRB atraiu grandes controvérsias sobre sua natureza jurídica, como destaca ALBERTO VENÂNCIO FILHO, com a doutrina classificando-o ora como uma autarquia, ora como uma sociedade de economia mista. VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico** – o direito público econômico no Brasil. Edição Fac-similar da de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 430. Para ERYMÁ CARNEIRO, o IRB realizava operações caracteristicamente de *múnus publicum*, e apresentava todos os característicos das sociedades de economia mista, “pois que não obstante se constituir sob a forma de sociedade anônima, vem exercer as funções de órgão da administração pública indireta, na qualidade de cooperador com o Estado nas operações de seguros em geral”. CARNEIRO, Erymá. **As autarquias e as sociedades de economia mista no Estado Novo**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa e Propaganda, 1941, pp. 210-214.

<sup>151</sup> O governo federal brasileiro mantém o Sistema de Informações das Estatais, que reúne informações sobre todas as empresas estatais federais. Disponível em <https://siest.planejamento.gov.br/>. Acesso em 15 fev. 2019.

<sup>152</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 429-441, abr. 1945, p. 436.

<sup>153</sup> A Companhia Urbanizadora da Nova Capital, Novacap, foi criada com o objetivo de coordenar as obras da construção de Brasília. Segundo MARIA DA CONCEIÇÃO MONCH, a empresa, que foi “constituída em forma de sociedade anônima, em virtude da Lei n. 2.874, de 19.9.56, autorizativa, posteriormente teve sua estrutura acionária de empresa, até então formada com capital somente da União, alterada pela Lei n. 3.751, de 13.4.60, mediante a transferência de 51% de suas ações para a Prefeitura do Distrito Federal - Brasília. A Novacap foi criada para vir a ser uma sociedade anônima, tendo mesmo recebido esta expressão juntamente com sua denominação, mas permaneceu sem uma definição legal até que a reforma administrativa a enquadrou na administração indireta. Como se viu, em todos os setores da Novacap o que existia era autoridade, ela não tinha sócios discutindo dividendos e gerindo, o que havia em seu interior era o Governo (União e prefeitura) planejando, executando, nomeando, demitindo e gastando; enfim, tratava-se de uma sociedade de Estado, de Governo e administração”. MONCH, Maria da Conceição do Amaral. As sociedades de economia mista e as empresas públicas: controle e responsabilidade. **Revista de Direito**

Eletrobrás (1961). Nos anos seguintes, marcados pelo regime militar, e, especialmente, no período do denominado “milagre econômico”, foram criadas, entre outras, a Embraer e a Empresa de Correios e Telégrafos (1969), o SERPRO (1970), a Telebrás, a Embrapa e a Infraero (1972), a Codevasf e a Dataprev (1974), a Radiobrás, a Imbel, a Nuclep e a Eletronuclear (1975).<sup>154</sup>

A partir da década de 1990, reverte-se a tendência de criação de empresas públicas em virtude da implementação da agenda de privatizações, cujo marco inicial é o Plano Nacional de Desestatização (PND) instituído pela Lei n. 8.031/1990.<sup>155</sup> Ao PND, nos anos seguintes, seguiram-se as privatizações da Companhia Siderúrgica Nacional, em 1993, da Embraer, em 1994, da Companhia Vale do Rio Doce, em 1997, da Telebrás, em 1998, e da RFFSA, em 1999. Somente na primeira década de 2000, o movimento de privatizações retraiu-se, com a retomada do entendimento a respeito da importância das empresas públicas no papel do desenvolvimento nacional, com a criação de dezenas novas empresas estatais apenas no âmbito federal.<sup>156</sup>

À luz desse contexto, para os fins da investigação desenvolvida quanto à definição do regime jurídico das empresas estatais, cumpre observar a sua evolução, sob o ângulo da legislação e da doutrina, a partir de três momentos. O primeiro é do seu surgimento e da ausência de uma sistematização jurídico-institucional das empresas estatais. O segundo momento é o da primeira normatização do conceito, pelo Decreto-lei

---

**Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 127, p. 569-614, jan. 1977, p. 578. Essas características fizeram com que a doutrina a classificasse como a primeira empresa pública brasileira, isto é, aquela constituída com capital de origem integralmente pública. Nesse sentido, COTRIM NETO, A. B. Teoria da empresa pública de sentido estrito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 122, p. 21-56, dez. 1975, pp. 33-37.

<sup>154</sup> O governo brasileiro mantém documento com o histórico de criação de cada empresa estatal. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/coordenacao/historico>. Acesso: 03 fev. 2019. PAULO KLIASS aborda a presença do Estado na economia a partir da criação de diversas empresas citadas. KLIASS, Paulo. O Debate sobre a atuação empresarial estatal no país: principais argumentos. In: **Boletim de Análise Político-Institucional**, n.15, jul.-Dez. 2018. Brasília: Ipea, 2011-Semestral, pp. 27-28.

<sup>155</sup> O Plano Nacional de Desestatização tinha por objetivo controlar a expansão do setor público, implantando atividades sistemáticas de controle das empresas estatais e a criação das condições necessárias para transferência do controle de empresas para o setor privado. Para uma abordagem descritiva do programa, com enfoque no desenvolvimento e nas características do processo de privatização nacional, bem como dos principais aspectos da precificação das respectivas empresas, cfr. SAURIN, Valter; PEREIRA, Breno Augusto D. O Programa Nacional de Desestatização: aspectos relevantes da política de privatização. **Revista de Ciências da Administração**, Florianópolis, p. 43-59, jan. 1998.

<sup>156</sup> As informações a respeito das empresas estatais podem ser extraídas do Sistema de Informação das Estatais (Siest) módulo Perfil das Estatais. Disponível em: [http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/190206\\_empresas-estatais-federais-cnpj-sede-e-datas-de-criacao-e-constituicao-informacoes-siest.pdf](http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/190206_empresas-estatais-federais-cnpj-sede-e-datas-de-criacao-e-constituicao-informacoes-siest.pdf). Acesso em: 04 mar. 2019.

n. 200/1967. Por fim, destaca-se a observação do regime atual, que será complementada nos tópicos seguintes.

### **1.3. Da evolução das empresas públicas sob o ângulo do regime jurídico e da doutrina**

#### **1.3.1. O surgimento por razões de ordem prática e a inexistência de sistematização jurídico-institucional**

O intervencionismo estatal foi um fenômeno mundial, notadamente quanto à utilização das empresas estatais, como deram notícia as anotações de NICOLA BALOG já referenciadas.<sup>157</sup> Conforme as reflexões de VENÂNCIO FILHO, a situação vivenciada pelo Brasil até o século XIX condicionou de forma peculiar a evolução histórica do Estado brasileiro. Em especial, aponta o autor que a servidão colonial impôs uma forma específica à evolução das instituições políticas e administrativas brasileiras que, apesar de oriunda da metrópole portuguesa, manteve defasagem em relação à evolução das instituições dos demais países europeus.<sup>158</sup>

Tal cenário pode ser observado na história constitucional brasileira. A Constituição de 1824 marca o início de uma organização de atividades industriais e de serviços públicos, em transição a partir de uma economia agrária e escravocrata, mas ainda sem qualquer disposição expressa e sistematizada sobre a ordem econômica.<sup>159</sup> A Constituição de 1891, por sua vez, de caráter acentuadamente liberal, conservou a posição do Estado como ausente das atividades econômicas, limitando-se a dispor sobre a instituição de bancos emissores e sobre a criação e manutenção de alfândegas, com a remissão à lei ordinária da legislação pela União e pelos Estados sobre a viação férrea e a navegação interior.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> Tópico 1 – Capítulo II.

<sup>158</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico** – o direito público econômico no Brasil. Edição Fac-similar da de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 21.

<sup>159</sup> Sobre a Constituição Imperial, ainda anota Otaciano Nogueira: “foi sob esse mesmo texto, emendado apenas uma vez, que se processou, sem riscos de graves rupturas, a evolução histórica de toda a Monarquia. Essa evolução inclui fatos de enorme relevância e significação tanto política como econômica e social. As intervenções no Prata e a Guerra do Paraguai; o fim da tarifa preferencial da Inglaterra e o início do protecionismo econômico, com a tarifa Alves Branco, de 1844; a supressão do tráfico de escravos, o início da industrialização e a própria Abolição, em 1888, são alguns desses exemplos”. NOGUEIRA, Otaciano. **Constituições brasileiras: 1824**. 3. ed. Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, v. I, p. 10.

<sup>160</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Op. cit.**, p. 30.

O desenvolvimento econômico nacional e o aumento da complexidade dos problemas apresentados à Administração Pública, notadamente no contexto da Primeira Guerra Mundial,<sup>161</sup> aprofundaram a demanda por uma maior intervenção do Estado na vida econômica, expondo a inadequação crescente do sistema jurídico-constitucional de então.<sup>162</sup> Nas décadas seguintes, no Brasil e no mundo, como tratado no Capítulo I, emerge um novo constitucionalismo e uma nova concepção do papel do Estado.

No tocante à evolução das empresas estatais, em países em desenvolvimento como o Brasil, o intervencionismo na forma empresarial se intensifica com o propósito de preencher a lacuna da atuação do setor privado, notadamente pela ausência de capitais necessários para os investimentos nas indústrias de base e em projetos de infraestrutura. Como destaca MÁRIO ENGLER PINTO JÚNIOR, são projetos que exigem maior volume de recursos, envolvem recursos elevados e normalmente oferecem baixas taxas de retorno.<sup>163</sup>

Segundo o mesmo autor, nesse contexto, o processo de industrialização e desenvolvimento nacional depende essencialmente do investimento público, paralelamente à oferta de financiamento em condições favoráveis à iniciativa privada.<sup>164</sup> A intervenção estatal direta na forma empresarial, portanto, assume feições pragmáticas, nem sempre fundamentadas em um plano sistemático de atuação no qual tenham sido levantadas reflexões amplas e amparadas em elementos capazes de conferir coesão ao fenômeno. Nesse sentido, como afirma THEMÍSTOCLES CAVALVANTI, o surgimento das empresas estatais foi pautado por razões diversas, ocasionais e específicas de cada país.<sup>165</sup>

No Brasil, em uma fase intensa inaugurada após a Crise de 1929,<sup>166</sup> identifica-se uma progressiva busca do Estado pela atração de investidores privados, mediante a criação de sociedades de economia mista e, posteriormente, com a maciça criação de

---

<sup>161</sup> Sobre o tema, cfr. VINHOSA, Francisco Luiz Teixeira. **O Brasil e a primeira guerra mundial: A diplomacia brasileira e as grandes potências(o)**. Rio de Janeiro: Inst Hist & Geogr Bras, 1990.

<sup>162</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico** – o direito público econômico no Brasil. Edição Fac-similar da de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 31.

<sup>163</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. **O Estado como acionista controlador**. Tese (Doutorado em direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 516, 2009, p. 18.

<sup>164</sup> Idem, ibidem, p. 19.

<sup>165</sup> O autor destaca, como razões de ordem que motivaram essa atuação, notadamente quanto à associação de capitais mediante as sociedades de economia mista, a escassez de recursos públicos, o objetivo de atrair poupanças privadas, a conveniência de interessar o público em investimentos do Estado. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Empresas públicas e sociedades de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 128, p. 1-26, jan. 1977, p. 2.

<sup>166</sup> A “Crise de 1929” é a expressão que ficou consagrada para a crise econômica que se seguiu à quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque. No Brasil, dependente das exportações, principalmente do café, e com uma enorme dívida externa, a crise econômica estadunidense produz enorme impacto na econômica e na política nacionais.

empresas públicas.<sup>167</sup> No contexto da época, essas foram as formas encontradas pelo Estado para incentivar o desenvolvimento nacional e para atender os imperativos constitucionais de ordem econômica.

Na esteira da Constituição de Weimar, a Constituição de 1934, que substituiu a Constituição Imperial de 1891, inovou na história constitucional brasileira ao conter um capítulo referente à Ordem Econômica Social (Título IX, artigos 115 a 140). Entre outras disposições, a Constituição permitia que a União monopolizasse determinado setor ou atividade econômica, desde que autorizado por lei e baseado no interesse público (artigo 116), bem como determinava que a lei promovesse o fomento da economia popular (artigo 117). A partir da década de 1930, acentuou-se a utilização de mecanismos de intervenção do Estado no domínio econômico, com a criação de autarquias econômicas para a defesa de produtos da agricultura e da indústria extrativa.<sup>168</sup>

A ordem constitucional seguinte, inaugurada pela Constituição de 1937, da mesma forma, preservou a identidade nacionalista e intervencionista adotada pela sua antecessora. A Constituição do Estado Novo estabelecia, por exemplo, que “a intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção”.<sup>169</sup> Nesse caso, o Estado poderia atuar com o objetivo de “evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado”.<sup>170</sup> A ordem econômica estabelecida pela Constituição de 1937, nos artigos 135 a 155, estava alinhada com o nacionalismo econômico pregado por Getúlio Vargas como caminho para a emancipação do país contra os interesses estrangeiros, mas não dispunha expressamente sobre as empresas estatais.

---

<sup>167</sup> GUERRA, Sérgio. **Organização administrativa brasileira: quadro atual e propostas acerca da estruturação de entidades vocacionais ao desenvolvimento de políticas de estado, não subordinadas ao poder público central**. Tese (Pós-Doutorado em Administração) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Rio de Janeiro, 2011, p. 41.

<sup>168</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico** – o direito público econômico no Brasil. Edição Fac-similar da de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 35.

<sup>169</sup> Essa é a redação literal do artigo 135 citado: “Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta”.

<sup>170</sup> Cf. artigo 135 da Constituição de 1937. A ordem econômica estava disposta nos artigos 135 a 155.



A Constituição de 1946<sup>171</sup> prosseguiu sem disciplina específica sobre as empresas estatais, embora seja possível encontrar referências esparsas em alguns dos seus dispositivos. No artigo 48, por exemplo, proibiu que deputados e senadores celebrassem contratos com sociedades de economia mista. Também nos artigos 141, §38, e 209, parágrafo único, IV,<sup>172</sup> encontram-se referências às empresas estatais, denotando já a presença de tais entidades na organização do Estado e da economia nacional. A Constituição de 1946 dispôs sobre a ordem econômica nos artigos 145 a 162 e tratou especificamente da intervenção do Estado na economia no seu artigo 146, estabelecendo que a União poderia “intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade”, tendo por base “o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição”.

Foi justamente nesse período – e anteriormente ao primeiro passo conferido pelo ordenamento para enfim estabelecer os conceitos legais das empresas estatais pelo Decreto-Lei n. 200/1967, como será discutido na seção seguinte – que se observou uma grande profusão de criação de empresas estatais, das quais exemplificativamente podem ser citadas novamente o IRB (1939), a CSN (1941), a CVRD (1942), a CHESF (1945), a Petrobrás (1953), a Novacap (1956) e a Eletrobrás (1961).

A análise do período evidencia três aspectos fundamentais. O primeiro diz respeito ao fato de que as empresas estatais surgiram no direito brasileiro a partir da legislação infraconstitucional. Em segundo lugar, destaca-se a circunstância de que, por ao menos três décadas, o ordenamento careceu de uma sistematização jurídico-institucional do regime dessas empresas. Por fim, e à luz das circunstâncias anteriores, observa-se que o surgimento das estatais teve caráter mais pragmático do que ideológico, com enfoque na superação do desenvolvimento nacional tardio.<sup>173</sup>

---

<sup>171</sup> Para melhor compreensão das mudanças materializadas pela Constituição de 1946, cfr. BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições Brasileiras**: 1946. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012.

<sup>172</sup> São disposições acerca da legitimidade de qualquer cidadão para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista e do direito do Presidente da República, durante o estado de sítio, de suspender do exercício do cargo ou função o funcionário público ou empregado de autarquia, de entidade de economia mista ou de empresa concessionária de serviço público.

<sup>173</sup> Em Portugal, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO aponta fenômeno semelhante, afirmando que “a existência de empresas públicas precedeu em alguns anos a de um regime jurídico comum das mesmas – pode situar-se nos anos 60 do século XX o movimento decidido de criação de empresas públicas em Portugal”. Aponta o autor que o direito aplicável a esses entes era determinado pelos estatutos aprovados por ocasião da sua criação, tendo havido importantes contributos doutrinários que permitiram uma sistematização do tema. Além disso, ainda em 1976, na esteira da promulgação da nova Constituição, foi aprovado o Decreto-Lei n. 260/76, de 8 de abril, que estabeleceu um regime jurídico comum para as empresas públicas.

De início, o instrumental admitido pelo Estado Liberal limitava-se à execução direta pelos órgãos do próprio Estado ou à delegação dessas atividades a empresas privadas, mediante regime de concessão. Assim, o instituto da concessão de serviços públicos foi o primeiro instrumento de execução de serviços industriais tais como os de transporte coletivo e estradas de ferro.<sup>174</sup> O êxito do instituto da concessão de serviços públicos levou à sua adoção por diversos países com a progressiva ampliação do seu campo de aplicação à medida que novas exigências sociais emergiam.<sup>175</sup>

A grande vantagem do regime de concessão para o Estado Liberal, aponta BILAC PINTO, era a de viabilizar a prestação um serviço público essencial sem que necessitasse verter recursos do Tesouro Nacional, que não assumiria os riscos da operação. Essa atratividade na adoção do instituto, porém, foi posteriormente mitigada pela aplicação cada vez mais recorrente das cláusulas de garantias de juros e, em seguida, da teoria da imprevisão.<sup>176</sup> Esse contexto, que desestimulou o recurso às concessões, bem como o ambiente favorável à intervenção do Estado no domínio econômico, propiciou o surgimento das sociedades de economia mista no Brasil, cujas características dominantes, na síntese de BILAC PINTO, foram (i) a organização em forma de sociedade comercial, (ii) a aplicação do direito privado e (iii) a participação do Poder Público e de agentes privados na condição de acionistas e administradores.<sup>177</sup>

Para CRETELLA JÚNIOR, essas empresas estatais estavam submetidas simultaneamente ao direito administrativo e ao direito comercial.<sup>178</sup> No destaque de TRAJANO VALVERDE, as sociedades de economia mista foram criadas por leis especiais, que continham disposições derogatórias do direito comum com o intuito de assegurar ao Estado o controle sobre a administração societária.<sup>179</sup> Contudo, na conclusão do mesmo

---

RAIMUNDO, Miguel Assis. **As empresas públicas nos tribunais administrativos:** contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2007, p. 41.

<sup>174</sup> PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-15, abr. 1953, p. 3.

<sup>175</sup> DINORÁ GROTTI destaca que o “instituto da concessão é velho, por ter sido o primeiro modo de descentralização de serviços públicos; no entanto, a concessão utilizada para diminuir o aparelhamento do Estado, ou seja, com o objetivo de privatizar, é nova. GROTTI, Dinorá. Serviços públicos e os diferentes regimes de prestação. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). **A regeneração da administração pública:** Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo NATAL 2016. Curitiba: Íthala, 2007, p. 28.

<sup>176</sup> PINTO, Bilac. **Op. cit.**, p. 3.

<sup>177</sup> Idem, *ibidem*, pp. 4-5.

<sup>178</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Regime jurídico das empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 106, p. 62-80, out. 1971, p. 72.

<sup>179</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 429-441, abr. 1945, pp. 433-434.

autor, o processo de criação de sociedades anônimas ou companhias de economia mista não diferia em substância daquilo regulado pela lei comum para os particulares.<sup>180</sup>

A doutrina, nesse período, fixava-se na circunstância de que a característica marcante das sociedades de economia mista se concentrava na sua necessária criação por lei. À época, o Poder Judiciário acolheu a tese doutrinária, consolidando o entendimento de que a qualificação de sociedade de economia mista somente poderia ser atribuída ao ente societário constituído após prévia e específica autorização legal.<sup>181</sup> Na observação de CAIO TÁCITO, a análise da personalidade das sociedades de economia mista e o regime jurídico da sua atividade assumiram caráter polêmico nos anos que seguiram à profusão de empresas criadas, notadamente na escolha da disciplina entre o direito privado e a regulação em norma institucional de direito público.<sup>182</sup> O mesmo autor, por exemplo, em anotação da década de 1960, admitindo que o conceito de empresa pública não se achava estabelecido em lei, destacava a inexistência de consenso doutrinário sobre o regime aplicável, embora defendesse a aplicabilidade do regime privado à empresa pública em questões falimentares, gestão de pessoal, responsabilidade civil e necessidade de submissão a auditoria (nesse ponto, afastava-se inclusive a possibilidade de fiscalização pelo Tribunal de Contas).<sup>183</sup>

Tais apontamentos são compatíveis com a constatação de que o surgimento das empresas estatais no ordenamento brasileiro deu-se exclusivamente por obra do legislador infraconstitucional, ao criar casuisticamente as diversas empresas estatais. Careceu, portanto, de sistematização fundamentada constitucionalmente ou mediante o estabelecimento de um estatuto regulador dessas empresas que definisse o seu conceito legal e o seu regime jurídico.

Além disso, tal qual já ressaltado em um sentido mais abrangente, o surgimento das sociedades de economia mista representou importante mecanismo para a concretização do crescente papel do Estado, assinalando “uma transição entre uma economia individualista desordenada e de objetivos lucrativos para uma economia de

---

<sup>180</sup> Decreto-Lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, parcialmente revogado pela Lei n. 6.404, de 1976.

<sup>181</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE 93175-9. Relator: Ministro Soares Muñoz. Julgado em: 14 out. 1980. Também nesse sentido: PENTEADO, Mauro Rodrigues. As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 133-149, jul. 1989, pp. 146-147.

<sup>182</sup> TÁCITO, Caio. Regime jurídico das empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 195, p. 1-8, jan. 1994, p. 4.

<sup>183</sup> TÁCITO, Caio. As empresas públicas no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 84, p. 432-439, jul. 1966, p. 438.

objetivos de interesse comum, metódica, socializante”.<sup>184</sup> Aponta BILAC PINTO, contudo, que essa intervenção do Estado no domínio econômico não se operou mediante planejamento prévio ou como consequência de uma preparação doutrinária. Pelo contrário, teve caráter fragmentário, em trajetória pautada por questões práticas ditadas pelas vicissitudes do percurso da história.<sup>185</sup> Em grande medida, as situações e os padrões estruturais que motivaram a criação das empresas estatais, apesar das naturais diferenças entre os ordenamentos, estiveram associados a fatores de produção, como a crise agroexportadora, o início da industrialização brasileira e as crises econômicas vivenciadas pelos países europeus.<sup>186</sup>

No Brasil, embora no período conhecido como “Era Vargas” tenha havido forte conotação ideológica na intervenção do Estado na economia, o surgimento e a expansão do modelo das empresas estatais foi ditado muito mais por circunstâncias históricas que exigiram respostas pragmáticas.<sup>187</sup> Para o sociólogo e cientista político SERGIO ABRANCHES, as empresas estatais “não são nem resultado inexorável de determinações estruturais irresistíveis, nem produto da ideologia da afirmação autoritária e voluntarista de um projeto estatista de elites bem situadas na estrutura de poder”.<sup>188</sup>

Para o autor, são resultado de respostas políticas a problemas estruturais. Da mesma forma, em análise específica do caso brasileiro, THOMAS TREBAT afirma que a atuação empresarial do Estado ocorreu predominantemente através de novos investimentos, em vez da nacionalização de empresas privadas, mediante a ocupação de

---

<sup>184</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico** – o direito público econômico no Brasil. Edição Fac-similar da de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 433.

<sup>185</sup> PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-15, abr. 1953, p. 2.

<sup>186</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique. A questão da empresa estatal - economia, política e interesse público. **RAE-Revista de Administração de Empresas**, [S.l.], v. 19, n. 4, p. 95-105, out. 1979, p. 96. O autor ainda destaca, na mesma página, que “A nível mais geral e abstrato de análise, o que a experiência histórica parece demonstrar é que tanto a intervenção do Estado no processo de acumulação, quanto a forma particular por ela assumida – seja direta, por meio de empresas comerciais, como no Brasil, Itália, Espanha, França e Inglaterra, ou por meio de uma associação orgânica entre o capital financeiro e o capital industrial, mediada decisivamente pelo Estado, como no caso da Alemanha e do Japão – são determinadas pelo padrão específico de desenvolvimento do capitalismo nestes países. Em outras palavras, a intervenção do Estado na acumulação e suas formas são determinadas pelo curso de desenvolvimento da estrutura produtiva, pelo grau de heterogeneidade estrutural na economia, pelos modos de sua inserção na ordem econômica mundial e pela dinâmica política dos interesses sociais”.

<sup>187</sup> Também nesse sentido a anotação de Oscar Barreto Filho: “Não existe, em nosso país, um estatuto genérico das entidades da administração indireta. Sem a lei geral, as soluções dadas aos casos ocorrentes têm sido inspiradas por motivações essencialmente pragmáticas”. BARRETO FILHO, O. Formas jurídicas da empresa pública. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 72, n. 1, p. 398-409, 1 jan. 1977, p. 400.

<sup>188</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Op. cit.**, p. 96.

“espaços vazios” no mercado interno, notadamente nos setores de aço, petróleo e minério de ferro.<sup>189</sup>

Em síntese, diante da ausência de uma sistematização jurídico-institucional do regime jurídico das empresas estatais no período, foram profícuos os debates acerca do fenômeno da intervenção do Estado na economia mediante empresas estatais em busca da identificação dos seus elementos definidores e do seu regime jurídico.<sup>190</sup> Surgida a partir da legislação infraconstitucional e mediante casos individualizados, a atuação empresarial estatal careceu de um referencial que orientasse o papel a ser desempenhado e a conformação desejada no ordenamento. A Constituição de 1967 e o Decreto-Lei n. 200, editado no mesmo ano, materializaram alguns consensos doutrinários, mas trouxeram à tona outras questões controversas que permanecem até os dias atuais.

---

<sup>189</sup> TREBAT, Thomas J. **Brazil's state-owned enterprises: a case study of the state as entrepreneur**. Cambridge: Cambridge University Press, 1983, p. 64. Nas palavras do autor, na mesma página: “In contrast, the expansion of the Brazilian state into the basic sectors of the economy was usually justified in pragmatic terms. Rarely has the Brazilian state taken over healthy private firms, preferring instead to expand into the ‘empty spaces’: steel, petroleum, iron ore. Most cases of nationalization of private enterprise in the basic sectors (e.g., telecommunications and electricity) occurred after firms proved unable to expand plants in line with development needs”. Para MÁRIO ENGLER PINTO JÚNIOR, “O ingresso do Estado brasileiro na economia assumiu caráter originário, pois não decorreu da estatização de empreendimentos privados pré-existent, como se verificou na Itália, França e Inglaterra. Nessas nações européias, a estatização foi a resposta encontrada para recuperar setores produtivos deficitários, vários deles operando em situação de monopólio”. PINTO JUNIOR, Mario Engler. **O Estado como acionista controlador**. Tese (Doutorado em direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 516, 2009, p. 29. Diferentemente ocorreu em Portugal. Conforme as anotações de DIOGO FREITAS DO AMARAL, até ao 25 de abril de 1974, “as empresas públicas eram poucas e vinham do passado setecentista. Algumas foram criadas por transformação de velhos serviços públicos tradicionais, para obter ganhos de eficiência e produtividade”. Após a Revolução dos Cravos, que culminou na promulgação da Constituição de 1976, ocorreu uma onda de nacionalização de empresas privadas, o que foi arrefecido a partir da entrada do país na CEE e da influência do movimento de privatizações das décadas seguintes. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 332.

<sup>190</sup> GUSTAVO KAERCHER LOUREIRO realizou conclusão semelhante ao analisar o sentido dos termos “monopólio” e “serviços públicos”, notadamente nas duas primeiras Constituições republicanas brasileiras. Afirma o autor: “Nossa primeira Constituição republicana não continha dispositivos específicos sobre monopólios e serviços públicos (econômicos). Nada obstante isso — e talvez muito por isso —, a doutrina constitucional e administrativa do período tratou longamente de ambos, com um tão rico quanto complexo (e, por vezes, confuso) arsenal de expressões e noções, importados de diferentes experiências jurídicas (francesa e norte-americana, sobretudo). Diante do silêncio constitucional, cabiam as mais diferentes posições, sobre todos os problemas possíveis, suscitados pelo fenômeno empírico da intervenção do Estado no âmbito da economia. Nesse emaranhado terminológico e conceitual, *serviço público* e *monopólio* relacionavam-se de diversos modos. Por vezes, eram *sinônimos*”. À luz dessas questões, destaca que a intensa reflexão doutrinária da época, feita com pouca ou nenhuma base normativa, conferiu o contexto da elaboração da Carta de 1934, que positivou algumas alternativas formuladas nesse período, estabelecendo controvérsias relevantes até os dias atuais. LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas constituições brasileiras (1891-1934). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47-93, jan. 2011.

### 1.3.2. O Decreto-Lei n. 200/1967 e a tentativa (frustrada?) de definição de um regime jurídico

Se, no primeiro recorte histórico adotado pelo presente estudo, identificava-se a ausência de conceitos legais para a empresa estatal e de uma sistematização jurídico-institucional, é possível afirmar que a ordem inaugurada pela Constituição de 1967 e o Decreto-Lei 200/1967 alteraram sensivelmente essa realidade. Ainda que de forma insatisfatória, como se verá, passou a vigorar no ordenamento não apenas um conceito legal para as empresas estatais, mas foi conferido também a esses entes um papel central na política desenvolvimentista da ditadura militar.<sup>191</sup>

Nos artigos 157 a 166, a Constituição de 1967 disciplinou a ordem econômica e social, conferindo ao setor privado a preferência, com estímulo e apoio do Estado, na organização e na exploração das atividades econômicas. Nos termos do parágrafo primeiro do artigo 163, o Estado estava autorizado a organizar e a explorar diretamente atividade econômica apenas para suplementar a iniciativa privada. Nessa hipótese, segundo o artigo seguinte, na exploração de atividade econômica pelo Estado, as empresas públicas e as sociedades de economia mista seriam regidas “pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações”.<sup>192</sup> A referência expressa à empresa pública, conjuntamente com a sociedade de economia mista, diferentemente dos textos constitucionais anteriores, consagrou a distinção doutrinária entre esses dois entes que vinha sendo materializada na prática legislativa de criação das empresas estatais ao longo dos anos anteriores.<sup>193</sup>

<sup>191</sup> Segundo SÉRGIO WULFF GOBETTI, grande “parte do desenvolvimento econômico brasileiro contemporâneo deve-se às empresas estatais. Por bem ou por mal, foram elas que puxaram o crescimento da economia nos anos 1970, enquanto o mundo era atingido pelo choque do petróleo”. Para o autor, o governo militar utilizou uma estratégia de crescimento com endividamento que colocou o país em um novo patamar de industrialização, com o intuito de manter a economia em “marcha forçada” e, ao mesmo tempo, equilibrar o balanço de pagamentos. GOBETTI, Sérgio Wulff. Estatais e ajuste fiscal: uma análise da contribuição das empresas federais para o equilíbrio macroeconômico. *Econ. soc.*, Campinas, v. 19, n. 1, p. 29-58, Apr. 2010, p. 30.

<sup>192</sup> Na redação originária, o artigo 163, §2º, da Constituição de 1967 estabeleceu que também as autarquias exploradoras de atividade econômicas seriam regidas pelo regime de direito privado. Tal previsão, ainda que tenha sido objeto de mero equívoco ou realmente expressão da opção constituinte, foi alterada posteriormente pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Para JOSÉ JAPPUR, a indicação de um regime de direito privado para as autarquias não foi mero equívoco, mas sim um alinhamento de coerência com o espírito da reforma administrativa federal. JAPPUR, José. Declínio das autarquias. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 127, p. 34-41, jan. 1977, p. 35.

<sup>193</sup> BEDONE, Igor Volpato. **Releitura da dicotomia serviço público vs. atividade econômica como critério definidor do regime jurídico das empresas estatais à luz da Lei n.º 13.303/2016**. 2017. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 36. Especialmente no tocante à forma societária de empresas comerciais comuns ou alguma estruturação societária específica e à propriedade e direção detidos exclusivamente pelo governo.

O Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, foi editado em um contexto de reforma administrativa, cujo desencadeamento foi precedido de um longo período de estudos sobre a reforma da Administração iniciados ainda na década de 1930.<sup>194</sup> Conforme a constatação de BEATRIZ WAHRLICH, diferentemente dos esforços reformistas anteriores, concentrados nos meios, o Decreto-Lei n. 200 pareceu possuir uma orientação teleológica. De acordo com a autora “(...) os objetivos a atingir e os programas e projetos em que se desdobra condicionam o emprego de regras, métodos e normas da administração, outrora gerais e de aplicação uniforme”.<sup>195</sup> Identificou a autora, ainda na mesma passagem, uma tendência à flexibilidade administrativa e ao tratamento diferenciado dos problemas administrativos em função das prioridades definidas e das peculiaridades dos programas governamentais. Nesse contexto, a burocracia assumiu a forma de um sistema aberto e mais sensível do que no passado à sua permanente articulação com os demais, em comportamento voltado mais para a prestação de serviços e menos preocupado com o controle.

Em aprofundamento à disciplina estabelecida pela Constituição de 1967, o Decreto-Lei n. 200 dispôs sobre os conceitos de empresa pública e de sociedade de economia vigentes até a edição da Lei n. 13.303/2016, inserindo essas entidades no âmbito da Administração Pública indireta. Reconheceu, também, os traços distintivos entre ambas, consistente no capital exclusivamente público e na possibilidade de assumir qualquer forma societária, quanto às empresas públicas, e no capital majoritariamente público e na forma obrigatória de sociedade anônima, no caso das sociedades de economia mista.<sup>196</sup>

Em 1969 foi editada a Emenda Constitucional n. 1, tida como “simulacro de Constituição”, na expressão de INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO.<sup>197</sup> Entre as alterações relevantes, o artigo 163 da Emenda Constitucional n. 1/1969 passou a estabelecer outras hipóteses de intervenção estatal na economia. Em vez de se limitarem a um espaço suplementar aos agentes privados no mercado interno, as empresas estatais também

---

<sup>194</sup> WAHRLICH, B. M. S. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v.8, p. 27-75, abr.-jun, 1974, p. 27.

<sup>195</sup> Idem, ibidem, p. 71.

<sup>196</sup> Artigo 5º, II e III, do Decreto-Lei n. 200/1967.

<sup>197</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 201. A expressão utilizada pelo autor refere-se à circunstância de que, travestida de emenda constitucional, na prática promulgou texto reformado inteiramente, legitimando a emergente Junta Governativa Provisória de 1969, após o afastamento do então presidente Artur da Costa e Silva, e institucionalizou os atos institucionais editados pela Ditadura Militar desde o golpe de 1º de abril de 1964.

poderiam ser instituídas com fundamento na segurança nacional, bem como na organização de setor que não pudesse ser desenvolvido com eficácia no regime de livre competição e livre-iniciativa.<sup>198</sup> Após a promulgação da Emenda Constitucional referida, o Decreto-Lei n. 200 também foi modificado,<sup>199</sup> embora mantendo praticamente inalteradas as disposições da matéria em discussão. Relevante destacar a nova redação dada ao artigo 5º, incisos II e III, que passou a adotar a expressão “atividade econômica”, em substituição à anterior “atividade de natureza mercantil”.<sup>200</sup>

No contexto da edição do Decreto-Lei n. 200, é curioso notar que a doutrina chegou a referir o fenômeno de “desautarquização das autarquias”,<sup>201</sup> que passaram a ser menos utilizadas, tendo sido progressivamente substituídas pelas empresas públicas e pelo uso de esquemas de direito privado pela Administração Pública. Nesse sentido, ainda na década de 1970, MARIA MONCH apontou, sobre as empresas estatais, que mais importante do que a atribuição de personalidade jurídica de direito privado “seria estabelecer que seu funcionamento se opere em rigorosos termos de direito privado”, tanto para efeitos de responsabilidade, quanto para privilégios de foro e equilíbrio na competição do mercado, sem privilégios tributários.<sup>202</sup> O estudo da doutrina da época evidencia a ausência de consenso acerca da delimitação estanque entre a natureza da atividade exercida pela empresa estatal e o regime jurídico incidente.

Em síntese, a doutrina tendia a defender a aplicação do regime de direito privado às empresas estatais não só para “a liberação dos processos burocráticos de gestão

---

<sup>198</sup> O artigo 163 tinha a redação seguinte: “Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais. Parágrafo único. Para atender a intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer”.

<sup>199</sup> Pelo Decreto-Lei n. 900, de 29 de setembro de 1969.

<sup>200</sup> À luz da teoria dos atos de comércio, adotada pelo Código Comercial de 1850, o comerciante era identificado pela prática de atos de comércio. A mudança operada pelo decreto-lei, portanto, afastou quaisquer dúvidas que se poderiam colocar ao objeto das empresas estatais, no sentido com que veio a se alinhar a legislação civil brasileira, em 2002, ao adotar a teoria da empresa, mediante a qual alargou-se o conceito de comerciante, com a proteção das atividades econômicas que estavam excluídas, como as de prestação de serviços, substituindo-se a expressão empresário pela de comerciante. Para uma análise da teoria da empresa no novo direito de empresa, cf. HENTZ, Luiz Antonio Soares. A teoria da empresa no novo direito de empresa. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 5, mar. 2010.

<sup>201</sup> JAPPUR, José. Declínio das autarquias. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 127, p. 34-41, jan. 1977, p. 34.

<sup>202</sup> MONCH, Maria da Conceição do Amaral. As sociedades de economia mista e as empresas públicas: controle e responsabilidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 127, p. 569-614, jan. 1977, pp. 605-606.



administrativa e financeira”.<sup>203</sup> Pugnavam-se, quanto ao regime jurídico das empresas estatais, que fosse também assegurada a igualdade entre empresas estatais e as empresas privadas. Nesse sentido, vale mencionar o magistério de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO que, ao comentar o artigo 170, §1º, da Emenda Constitucional n. 1, salientou que em setores não monopolizados da economia, nos quais concorram empresas privadas e estatais, “deve existir, segundo o dispositivo que ora se comenta, igualdade jurídica”, à luz da qual “as empresas públicas e as sociedades de economia mista estarão sujeitas às mesmas normas que se aplicam às empresas privadas, especialmente quanto ao direito do trabalho e ao direito das obrigações”.<sup>204</sup>

Apesar disso, admitia-se a excepcionalização do regime de igualdade em algumas circunstâncias. Não estaria vedado, por exemplo, criar regras distintas para a contratação de funcionários ou mesmo um regime tributário diferenciado. Mas tais exceções deveriam constar em legislação especial. Essa questão é muito bem evidenciada na análise feita em 1977 por THEREZA HELENA DE MIRANDA LIMA, com base na doutrina da época, acerca da constitucionalidade do artigo 3º da Lei n. 5.861, de 12 de dezembro de 1972.

Essa lei conferiu isenção dos impostos a duas empresas públicas distritais, a NOVACAP e a TERRACAP,<sup>205</sup> e teve sua constitucionalidade questionada à luz do que dispunha o artigo 170, §3º, da Emenda Constitucional n. 1/1969, que estabelecia que a “empresa pública que explorar atividade não-monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas”. Para a autora, as duas empresas realizariam atividade monopolística e não concorreriam com as empresas privadas, enquadrando-se na exceção do mencionado dispositivo constitucional.

Para THEREZA LIMA, ainda que tais empresas não exercessem atividades monopolizadas, não estaria configurada a lesão ao artigo 170, §3º, da Emenda

---

<sup>203</sup> TÁCITO, Caio. Controle das empresas do estado (públicas e mistas). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 111, p. 1-9, out. 1973, p. 3.

<sup>204</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves de. Empresa pública - Sociedade de economia mista - Princípio da igualdade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 144, p. 191-202, jan. 1981, p. 196. Nesse sentido também CRETELLA JÚNIOR, José. Regime jurídico das empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 106, p. 62-80, out. 1971, pp. 62-63.

<sup>205</sup> A Companhia Imobiliária de Brasília (Terracap) foi criada pela Lei n. 5.861, de 12 de dezembro de 1972. É uma empresa pública do Governo do Distrito Federal que tem por objetivo a execução, mediante remuneração, das atividades imobiliárias de interesse do Distrito Federal. Por sua vez, a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil (Novacap) foi criada através da Lei n. 2.874, de 19 de setembro de 1956, promulgada pelo então presidente do Brasil, Juscelino Kubitschek de Oliveira, com a finalidade de gerenciar e coordenar a construção da nova capital do país. Atualmente, é o principal braço executor das obras de interesse do Estado e mantém a composição societária dividida entre a União e o Governo do Distrito Federal, com 48% e 52% de ações, respectivamente.

Constitucional n. 1/1969. Isso porque, segundo argumenta, a expressão “regime tributário aplicável às empresas privadas” referia-se a um regime geral, à luz do qual tais empresas deveriam estar em regime de igualdade. E, nesse sentido, a norma teria retirado “ao legislador a possibilidade de conceder isenções às empresas públicas não-monopolísticas, ou permitir-lhe isentá-las somente quando, por igual, isente as empresas privadas concorrente delas”. Na sua visão, o artigo 170, §3º, “mirou, apenas, a impedir diversidade de tratamento entre empresas públicas e empresas privadas que enseje àquelas façam concorrência desleal a estas”.<sup>206</sup>

É importante notar que a análise não distinguia o objeto da atividade prestada pela empresa – se um serviço público ou a exploração da atividade econômica – para então perquirir a respeito do seu regime jurídico, conferindo ao legislador papel de relevo na definição das particularidades que se colocariam sobre o regime da empresa estatal, tal qual, eventualmente, poderia ocorrer – e ocorre – quanto ao regime das empresas privadas, como nos casos de isenções tributárias.

Como será abordado no tópico seguinte, a doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO inverteu essa tendência, conferindo força e profundidade a compreensões que sedimentavam na doutrina brasileira desde a década de 1930, com ampla adoção pelos demais autores pátrios e pela jurisprudência, lançando as bases para a adoção disseminada do critério dicotômico para a definição do regime jurídico das empresas estatais até hoje preponderante.

#### **1.4. A identificação pela doutrina do regime jurídico da empresa estatal a partir da dicotomia “serviços públicos” versus “atividades de exploração econômica”**

A doutrina aponta a importância e o pioneirismo da obra *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, editada em

---

<sup>206</sup> LIMA, Thereza Helena S. de Miranda. Isenções fiscais concedidas a empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 130, p. 407-424, jan. 1977, p. 415. Em 1º de março de 2019, foi publicado o acórdão do julgamento do Recurso Extraordinário n. 577.494/PR, no qual o Supremo Tribunal Federal assentou a tese seguinte: “Não ofende o art. 173, §1º, II, da Constituição Federal, a escolha legislativa de reputar não equivalentes a situação das empresas privadas com relação a das sociedades de economia mista, das empresas públicas e respectivas subsidiárias que exploram atividade econômica, para fins de submissão ao regime tributário das contribuições para o PIS e para o PASEP, à luz dos princípios da igualdade tributária e da seletividade no financiamento da Seguridade Social.” Em apertada síntese, em causa estava a constitucionalidade de se estabelecer regras tributárias diferenciadas entre empresas estatais e empresas privadas à luz da apregoada igualdade prevista na Constituição. O entendimento recente alinha-se com os fundamentos esposados por THEREZA HELENA DE MIRANDA LIMA.

1973, como precursora de novo critério de discriminação para a definição do regime jurídico das empresas estatais. De acordo com o administrativista, apenas mediante a distinção entre estatais que prestam serviços públicos e as que exploram atividades econômica seria possível definir sua submissão a um regime de direito público ou de direito privado.<sup>207</sup>

O contexto que permeou a primeira edição da obra, conforme deduzido pelo próprio autor, foi o do enorme incremento da participação do Estado na vida social e econômica, que culminou no alargamento e no aprofundamento da intervenção estatal.<sup>208</sup> Notou BANDEIRA DE MELLO a perda do prestígio das tradicionais formas de prestação de serviços pelo Estado, realizadas pela Administração Direta, pelas autarquias ou pelas concessões e permissões a pessoas de direito privado, diante dos novos empreendimentos estatais que, na sua visão, não configuravam serviços públicos propriamente ditos, mas atendiam ao propósito de assumir determinadas atividades comerciais e mercantis<sup>209</sup>. Com esse intento, o Estado passou a optar pelo regime de direito privado, tanto na busca por eficiência quanto para atender à natureza peculiar da atividade exercida, atuando mediante empresas públicas e sociedades de economia mista.

Essas entidades, para o autor, se submetiam a derrogações de direito público, embora detivessem personalidade jurídica de direito privado. No caso das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, essas derrogações seriam pertinentes aos controles característicos da Administração Pública, notadamente aqueles que materializam os princípios constitucionais administrativos.<sup>210</sup> Já às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, seriam aplicáveis não só as derrogações de direito público citadas, mas também seriam garantidas prerrogativas ou privilégios, tais como imprescritibilidade de bens, regime tributário diferenciado, insuscetibilidade de falência, regime especial de pagamento de dívidas e prerrogativas processuais, fundamentados nos

---

<sup>207</sup> A respeito da identificação da influência do estudo de Celso Antônio Bandeira de Mello no entendimento que veio a se consolidar, cf. BEDONE, Igor Volpato. **Releitura da dicotomia serviço público vs. atividade econômica como critério definidor do regime jurídico das empresas estatais à luz da Lei n.º 13.303/2016**. 2017. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 13, e PINTO, Henrique Motta. **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?** 2010. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, pp. 30-31.

<sup>208</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1979, p. 87.

<sup>209</sup> Idem, ibidem, p. 88.

<sup>210</sup> São os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.

princípios da continuidade do serviço público, da indisponibilidade e da supremacia do interesse público.<sup>211</sup>

Essa distinção, baseada na obra e na doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ganhou influência na doutrina nacional e, com a promulgação da Constituição de 1988, também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O autor entende que as empresas estatais, quando desenvolvem atividades de exploração econômica, submetem-se ao mesmo regime aplicável às empresas privadas.<sup>212</sup> Tal conclusão foi justificada a partir da sua definição de serviço público<sup>213</sup> e da reflexão de que, afora os serviços públicos definidos no texto constitucional, outros poderiam ser erigidos a esta qualidade, desde que atendidos os ditames da Constituição. Na visão de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, esse entendimento parte do pressuposto de que “dentro o total de atividades ou serviços suscetíveis de serem desenvolvidos em uma sociedade, alguns são públicos e outros privados” e que a diferenciação é relevante para a identificação daqueles que o Estado “pode colocar debaixo do regime de direito público (serviços públicos)”.<sup>214</sup>

Para justificar a distinção, o autor parte das disposições constitucionais que estabelecem dois tipos de serviços prestados pelo Estado. De um lado, existem os serviços estatais fundados na exploração de atividade econômica, considerados por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO como serviços privados (atividades privadas e não serviços públicos). Do outro lado, o autor invoca as disposições constitucionais que dispõem sobre os serviços de alçada do Poder Público que os tornam suscetíveis de serem configurados como serviços públicos, entre os quais ainda se distinguem aqueles que só podem ser prestados pelo Estado e aqueles que ocasionalmente serão públicos, podendo também ser prestado por agentes particulares.

Nesse sentido, separa-se, então, o domínio dos serviços públicos, titularizados pelo Estado, do domínio remanescente das atividades econômicas, cuja ordem

---

<sup>211</sup> BEDONE, Igor Volpato. **Releitura da dicotomia serviço público vs. atividade econômica como critério definidor do regime jurídico das empresas estatais à luz da Lei n.º 13.303/2016**. 2017. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 13.

<sup>212</sup> No caso, diante do prescrevia o artigo 170, §2º, da EC n. 1/1969. O autor inclusive destaca que nessa hipótese se está diante de serviços governamentais e não de serviços públicos. Idem, ibidem, p. 23.

<sup>213</sup> Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1979, p. 1.

<sup>214</sup> Idem, ibidem, p. 23.

constitucional de então estabelecia o desenvolvimento preferencial pela iniciativa privada, com a possibilidade de atuação subsidiária do Estado. Nessa segunda hipótese, estariam enquadrados os serviços governamentais – nomenclatura utilizada para realizar a distinção com os serviços públicos.<sup>215</sup>

Ao apresentar o conceito de sociedade de economia mista e de empresa pública, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO introduz a dicotomia em questão. Sobre a primeira, estatui que é a pessoa jurídica de direito privado constituída sob a forma de direito mercantil e “composta por capitais públicos e privados, criada (ou assumida) pelo Poder Público como um instrumento de sua atuação para realização de interesses relevantes para a coletividade”, cujos serviços prestados se constituirão “em serviços de interesse coletivo ou serviços públicos”.<sup>216</sup> Da mesma forma, ao conceituar a empresa pública, afirma que, tal como as sociedades de economia mista, podem ser criadas para “desenvolver serviços públicos, cuja exploração se afine aos métodos empresariais, ou para intervir na ordem econômica, servindo de instrumentos de ação do Estado no domínio econômico”.<sup>217</sup>

Em obra doutrinária posterior, escrita em 1983, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO reitera esses fundamentos, expondo que as empresas estatais são sujeitos auxiliares do Estado que realizam atividades de duas naturezas: a) exploração de atividades econômicas; ou b) prestação de serviços públicos, cujos regimes, para o autor, “não são nem podem ser idênticos”,<sup>218</sup> reforçando a ideia de um critério dicotômico para

---

<sup>215</sup> Assim se refere o autor: “Afora os serviços públicos mencionados na Carta Constitucional, outros podem ser erigidos nesta qualidade, desde que o Estado respeite as disposições concernentes à ordem econômica e social, em que se garante a livre iniciativa. Com efeito, em defesa dela, o art. 170 dispõe que a exploração e a organização das «atividades econômicas» compete, preferencialmente às empresas privadas, de tal forma que somente em caráter suplementar ingressará o Estado neste campo, consoante preceitua o § 1º do mencionado artigo. Ocorre que o texto constitucional, compreensivelmente, não define o que sejam ‘atividades econômicas’. Em consequência, remanesce ao legislador ordinário um largo campo para qualificar certas atividades como ‘serviços públicos’, no que, indiretamente, gizará, por exclusão, a área configurada como das ‘atividades econômicas’. É lógico que, a despeito desta larga margem de liberdade, não há, para o legislador, liberdade absoluta. À falta de uma definição constitucional, há de se entender que o constituinte se remeteu ao sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na sociedade. Por isso mesmo não é total a liberdade do Legislativo, sob pena de ser retirado qualquer conteúdo de vontade ao dispositivo da Carta Magna, tornando-o letra morta, destituído de qualquer valia e significado. De revés, quando o Estado interfere, suplementarmente, na exploração de atividade econômica, ao desenvolver atividades desta natureza, estar-se-á diante de serviços governamentais e não de serviços públicos”. Ibidem, pp. 22-23.

<sup>216</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1979, pp. 93/100/101.

<sup>217</sup> Idem, ibidem, pp. 102-103.

<sup>218</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza essencial das sociedades mistas e empresas públicas: consequências em seus regimes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 159, p. 1-9, jan. 1985, p. 3.

a compreensão do regime dessas empresas. À luz desses preceitos, BANDEIRA DE MELLO defendeu a exigência de licitação nas contratações das empresas estatais, bem como a extensão aos agentes dessas empresas das limitações funcionais impostas aos funcionários públicos.<sup>219</sup>

Na década de 1980, consagrou-se também na doutrina a distinção elaborada por EROS GRAU, que defende inexistir oposição entre atividade econômica e serviço público, entendendo que na segunda expressão está subsumida a primeira. Nesse sentido, conforme suas lições, as empresas estatais prestam serviços públicos, entendidos como atividades econômicas em sentido amplo, e exploram atividade econômica em sentido estrito. Para o autor, a “prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica”.<sup>220</sup>

Na prática, contudo, o seu entendimento materializou e consolidou, apesar dos termos utilizados, a concepção de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO na identificação da espécie de atuação da empresa estatal a partir da dicotomia “serviço público” e “exploração de atividade econômica”. No mesmo sentido observa-se a conceituação feita por JOSÉ CRETELLA JR, em obra contemporânea às citadas, quando observa que “a realidade brasileira revela duas modalidades distintas de empresas públicas – a que persegue atividades econômicas”, de um lado, e “que persegue serviços públicos administrativos propriamente ditos”, de outro.<sup>221</sup>

Com o regime inaugurado pela Constituição de 1988, é possível observar na doutrina e na jurisprudência a sedimentação da dicotomia “serviço público” e “exploração de atividade econômica” como elemento central definidor do regime jurídico das empresas estatais.<sup>222</sup>

---

<sup>219</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza essencial das sociedades mistas e empresas públicas: consequências em seus regimes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 159, p. 1-9, jan. 1985, pp. 4-6.

<sup>220</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 101.

<sup>221</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, pp. 313-314.

<sup>222</sup> BEDONE, Igor Volpato. **Releitura da dicotomia serviço público vs. atividade econômica como critério definidor do regime jurídico das empresas estatais à luz da Lei n. 13.303/2016**. 2017. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 44.

A doutrina e a jurisprudência passaram a identificar no artigo 173<sup>223</sup> da Constituição o fundamento para a atuação estatal no campo da exploração de atividades econômicas, que estabeleceria um regime jurídico de direito privado, enquanto o artigo 175<sup>224</sup> seria o fundamento para a prestação de serviços públicos pelas empresas estatais, dessa vez estabelecido um regime jurídico de direito público.<sup>225</sup> Em artigo no qual reafirmou o entendimento construído sob a égide do antigo texto constitucional, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO abordou novamente essa distinção, destacando que, na prestação de serviços públicos, "o grau de funcionalidade da distinção entre pessoa de direito público e pessoa de direito privado – questão que se resume a uma discriminação de regimes – cai para seu nível mínimo".<sup>226</sup> Para o autor, a personalidade jurídica de direito privado conferida a sociedades de economia mista e a empresas públicas, sejam elas prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica, não pode significar o distanciamento da órbita pública ou um menor comprometimento com os objetivos que transcendem os interesses privados.<sup>227</sup>

Ainda no começo da década de 1990, baseando-se nas lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, GERALDO ATALIBA criticou as concepções que repetiam conceitos e princípios peculiares à empresa e desconsideravam que, nos casos de prestação de serviços públicos, não poderiam haver a liberdade e o regime típicos de direito privado. Para o autor, o maior erro dessa doutrina foi o desenvolvimento do discurso centrado no cunho empresarial dessas entidades, ignorando ou negligenciando "as múltiplas, severas e inafastáveis exigências constitucionais informadoras necessárias do regime dos serviços públicos".<sup>228</sup> Como consequência da visão criticada, configurar-

<sup>223</sup> Art. 173, *caput*: Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

<sup>224</sup> Art. 175, *caput*: Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

<sup>225</sup> Como o faz MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: "Isto porque, como o artigo 173 cuida especificamente da atividade de natureza privada, exercida excepcionalmente pelo Estado por razões de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, há que se concluir que as normas dos §§1º e 2º só incidem nessa hipótese. Se a atividade for econômica (comercial ou industrial) mas assumida pelo Estado como serviço público, tais normas não têm aplicação, incidindo, então, o artigo 175 da Constituição, segundo o qual incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 437.

<sup>226</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades mistas, empresas públicas e o regime de direito público. **Fórum Administrativo: Direito Público**, Belo Horizonte, v. 2, n. 17, jul. 2002.

<sup>227</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>228</sup> ATALIBA, Geraldo. Empresas estatais e regime administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 4, p. 55-70, 1993, p. 39.

se-ia a desproteção do interesse público, o desamparo ao serviço público, o arbítrio, a ausência de tutela aos usuários dos serviços públicos por elas prestados e os desvios relacionados aos bens e aos recursos públicos.<sup>229</sup>

À luz dessas considerações, GERALDO ATALIBA defendeu no artigo que a solução das questões a respeito do regime jurídico das empresas estatais reside, fundamentalmente, na compreensão da diferença entre empresa estatal prestadora de serviço público e empresa estatal exploradora de atividade econômica, que seria imposta pelos artigos 173 e 175 da Constituição.

Nesse sentido também sustenta, por exemplo, a doutrina de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, para quem o artigo 173 da Constituição cuida especificamente da atividade de natureza privada, exercida de forma excepcional desde que haja razões de segurança nacional ou de interesse coletivo relevante. Para a autora, por outro lado, se a atividade for econômica, mas assumida pelo Estado como um serviço público, a norma do artigo 173 não tem aplicação, tendo incidência o artigo 175 da Constituição, que estabelece incumbir ao Poder Público, “na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.<sup>230</sup> Essa concepção é compartilhada por diversos autores de expressão.<sup>231</sup>

### **1.5. O uso da dicotomia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que envolve as empresas estatais**

Esse critério, cada vez mais fortalecido na doutrina, é adotado pelo Supremo Tribunal Federal já no começo da década de 1990. Em julgamento ocorrido em 1992, o Ministro Sepúlveda Pertence utiliza como razão de decidir na controvérsia em questão – estabelecimento de benefícios aos servidores e empregados públicos do Estado de Minas Gerais – a dicotomia ora debatida. Segundo o Ministro, após citar a doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e de EROS GRAU, “essa dicotomia das empresas públicas ou mistas, segundo o respectivo objeto – que ingressara no texto constitucional com o art. 170, §2º, da Carta de 69 –, continua presente na Constituição de 88, como premissa de

<sup>229</sup> ATALIBA, Geraldo. Empresas estatais e regime administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 4, p. 55-70, 1993, p. 40.

<sup>230</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 437.

<sup>231</sup> O tema será retomado no tópico 4.1.2 – Capítulo II.



norma que facilita decisivamente a solução de parte da arguição de inconstitucionalidade em pauta”.<sup>232</sup>

Em outro julgamento ocorrido logo depois, o tribunal também se utilizou da mesma lógica para afastar a desapropriação de bens de sociedade de economia mista em função da atividade exercida – serviços públicos. A distinção utilizada foi a de que a previsão de aplicação do regime jurídico de direito privado, estabelecida no artigo 173 da Constituição, é aplicável somente às empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Identificada a atividade como serviço público, o seu regime seria muito semelhante ao de uma pessoa jurídica de direito público, com fundamento constitucional no artigo 175.<sup>233</sup>

Esse entendimento, adotado ainda de forma incipiente, ganha robustez e influência na definição da jurisprudência do tribunal a partir dos julgamentos relativos à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ECT.<sup>234</sup> No caso paradigmático, em 2000, a ECT alegou contrariedade à Constituição quanto as condenações trabalhistas que sofrera e que ordenavam a penhora dos seus bens. Dois anos antes, para a mesma empresa, em caso análogo, o STF havia decidido que a previsão de privilégios não se coadunava com as disposições constitucionais que autorizavam a atuação empresarial do Estado.<sup>235</sup>

O julgamento envolvia a concessão do privilégio da impenhorabilidade de bens, rendas e serviços, que a empresa alegava fazer jus por força do artigo 12 do Decreto-

---

<sup>232</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 83. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em: 21 abr. 1991. É interessante notar que o artigo 170, 2º, da Carta de 69, citado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, tratava, na verdade, da diferente – ou da dicotomia – entre atividade econômica monopolizada pelo Estado e atividade econômica não monopolizada. A referência a esse dispositivo, portanto, reforça a percepção que aproxima a ideia de serviço público com um conceito de monopólio ou exclusividade, ora questionada e em cuja evolução configurou-se cada vez mais dissonante da realidade da Administração Pública.

<sup>233</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 172.816. Relator: Ministro Paulo Brossard. Julgado em: 09 fev. 1994.

<sup>234</sup> A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ECT, é uma empresa pública criada pelo Decreto-Lei n. 509, de 20 de março de 1969, que presta serviços postais tanto em caráter de monopólio, como em regime concorrencial. Entre os recursos julgados, cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 220.906. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Julgado em: 09 nov. 2000.

Como destaca CLARISSA MESQUITA, esses privilégios são validados a partir da dicotomia em debate: “A validação desses privilégios legais à estatal fundamenta-se em grande medida no entendimento da Corte de que a ECT é prestadora de *serviço público*, posicionamento esse que parte da dicotomia serviços públicos *versus* atividades econômicas. Na grande maioria dos casos, tal como faz a doutrina, esta natureza jurídica de serviço público advém da leitura literal do verbo “manter” da Constituição (CF, art. 21, X)”. MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo. **O regime jurídico do setor postal: desafios contemporâneos e perspectivas para o setor**. 2012. 234f. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 90.

<sup>235</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE 220.041/RS. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgado em: 15 set. 1998.

Lei n. 509/1969.<sup>236</sup> Sendo a maior estatal brasileira em quadro de funcionários, atualmente em torno de cento e nove mil,<sup>237</sup> a decisão impactaria significativamente nos seus litígios trabalhistas, com o condão de manter a sua confortável posição no pagamento dos seus débitos, em desfavor dos credores, que perderiam mecanismos de penhora mais céleres e efetivos.

O Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso da empresa estatal. A tese que se sagrou vencedora apresentou os seguintes fundamentos, conforme muito bem sintetizado por HENRIQUE MOTTA, “(i) a ECT é pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, explorando serviço de competência da União; (ii) não se aplica às estatais prestadoras de serviço público o preceito constitucional de equiparação com as empresas privadas (art. 173, §§ 1º e 2º), não estando aquelas submetidas ao regime jurídico próprio destas; (iii) foi recepcionada a norma que prescreve a impenhorabilidade de bens, rendas e serviços da ECT, devendo a execução ocorrer mediante o sistema de precatórios (CF/88, art. 100)”. No julgamento em questão, em seu voto, o Ministro Carlos Velloso ainda acentuou que uma empresa pública que presta serviço público tem natureza jurídica de autarquia e distingue-se, desse modo, daquela empresa estatal que explora atividade econômica, denotando os conceitos subjacentes à posição adotada.

Nos anos seguintes, como anota REGIS DA SILVA CONRADO, a “jurisprudência do tribunal consolidou-se no sentido de que a prestação de serviço público por uma empresa estatal faz com que o regime jurídico desta seja peculiar em relação ao regime jurídico das empresas estatais que exercem atividades econômicas”.<sup>238</sup> Para o autor, a distinção realizada pelo Supremo Tribunal Federal parte de uma interpretação restritiva da expressão “atividade econômica”, prevista no artigo 173, §1º da Constituição, que endossa o pensamento majoritário da doutrina brasileira de que tal dispositivo abrange apenas as atividades econômicas em sentido estrito – excluindo, portanto, os serviços públicos do seu alcance.<sup>239</sup>

---

<sup>236</sup> Art. 12 - A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.

<sup>237</sup> Conforme informações disponibilizadas no site da própria companhia. Cfr. em <https://www.correios.com.br/sobre-os-correios/a-empresa/quem-somos/principais-numeros>. Acesso em: 12 abr. 2019.

<sup>238</sup> CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 251.

<sup>239</sup> Idem, ibidem, p. 252.

De fato, em percuente estudo que investigou a jurisprudência do STF sobre empresas estatais no regime da Constituição Federal de 1988, desde 06/10/1988 a 15/01/2010, com enfoque sobre as decisões que envolveram privilégios,<sup>240</sup> HENRIQUE MOTTA aponta que a concessão de privilégios às empresas estatais pelo Supremo Tribunal Federal é um “foco grave de crise do modelo jurídico da empresa estatal, com potencial para se alastrar pelo universo empresarial do setor público e prejudicar o uso do mecanismo empresarial para a prestação de serviços públicos pelo Estado”, que surge exatamente quando em questão estão empresas estatais que prestam serviços públicos.<sup>241</sup>

A investigação do autor identificou que o STF retira diretamente do texto constitucional o fundamento para os privilégios, independentemente da existência de normas legais que os institua para cada empresa estatal, entendendo-se que eles são necessários nas hipóteses de prestação de serviços públicos pelas empresas estatais.<sup>242</sup>

Conforme a análise dos precedentes materializada no estudo citado evidenciou, o reconhecimento dos privilégios pelo STF decorre de uma operação hermenêutica consistente apenas em saber se a empresa em questão é prestadora de serviços públicos, sem exigir como necessária a fundamentação dos privilégios postulados pela empresa em norma legal específica.<sup>243</sup> Com essa compreensão, destaca HENRIQUE MOTTA, “o STF vem progressivamente instituindo um regime necessário para as empresas estatais de serviços públicos”.<sup>244</sup> Portanto, quando julgam conflitos que envolvem a concessão de privilégios a empresas estatais prestadoras de serviços públicos, o STF assume a premissa de que tais empresas têm direito a essas prerrogativas, tendo a inaplicabilidade do artigo 173 da Constituição às empresas estatais de serviços públicos, como consequência imediata, a concessão dos correspondentes privilégios.<sup>245</sup>

Nesse sentido, ao prescrever um regime constitucional e necessário nesses casos, o tribunal, na prática, tolhe do Estado um recurso que é legítimo e faz parte do ordenamento brasileiro há quase um século (tópico 1.2 – Capítulo II), que é a intervenção direta na economia mediante empresas estatais inclusive para a prestação de serviços públicos. Embora o problema se concentre, atualmente, nas empresas estatais prestadoras

---

<sup>240</sup> PINTO, Henrique Motta. **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?** 2010. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 16.

<sup>241</sup> Idem, ibidem, p. 16.

<sup>242</sup> Idem, ibidem, p. 18.

<sup>243</sup> Idem, ibidem, p. 162.

<sup>244</sup> Idem, ibidem, p. 164.

<sup>245</sup> Idem, ibidem, p. 167.

de serviços públicos, aponta ainda HENRIQUE MOTTA que o pouco rigor do STF no uso das categorias em questão tem o potencial de estender esse entendimento a empresas que exercem outras atividades públicas, como apoio à administração pública, fomento, realização de obras públicas etc.<sup>246</sup>

As conclusões de HENRIQUE MOTTA continuam atuais. Em texto publicado em 2017 e que analisa precedentes mais recentes do Supremo Tribunal Federal sobre a extensão dos privilégios da impenhorabilidade de bens e da imunidade tributária às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, GILMAR MENDES reconhece a perda da nitidez da dualidade tradicional ora debatida.<sup>247</sup> Em citação aos artigos 173 e 175 da Constituição, o autor destaca que a interpretação literal desses dispositivos pouco revela sobre o regime jurídico aplicável, notadamente diante da complexidade atual da atuação das empresas estatais e da pluralidade de objetos econômicos que lhes caracterizam. Nesse sentido, conclui que o critério dicotômico para identificação do regime jurídico das empresas estatais, tradicional na doutrina e na jurisprudência do STF, tem se revelado cada vez mais insuficiente para o estabelecimento do plexo de direitos e obrigações aplicáveis às empresas estatais, especialmente diante do protagonismo crescente dessas entidades.<sup>248</sup>

Tal cenário faz emergir uma série de questões controversas a respeito do regime jurídico das empresas estatais e que, de partida, já se mostra bastante problemático diante das crises conceituais por que passa a noção de serviço público.<sup>249</sup>

Pode-se apontar que, nos termos da jurisprudência do STF, as empresas estatais prestadoras de serviços públicos não são, de fato, efetivamente empresas, possuindo um regime tão aproximado ao de uma pessoa jurídica de direito público que a doutrina já

<sup>246</sup> PINTO, Henrique Motta. **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?** 2010. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 19.

<sup>247</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Aspectos constitucionais do regime jurídico das empresas estatais. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 29.

<sup>248</sup> Idem, ibidem, pp. 40-41. MÁRCIO ARANHA entende, a partir da jurisprudência apontada, que o Supremo Tribunal criou um novo regime jurídico para as empresas estatais, que denomina de “regime de privilégio constitucional”. ARANHA, Márcio Iório. O objeto do estatuto jurídico das estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 52-58.

<sup>249</sup> Cf. GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**. Tomo 8. 1. ed. Buenos Aires: FDA, 2013, pp. 403-407; MEDAUAR, Odete. Serviço público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, pp. 100-113, jul. 1992, e BEZERRA, Helga Maria Sabóia. As transformações da noção de serviço público na União Européia: o serviço de interesse geral do Tratado de Lisboa. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 32, jan/jun 2008 pp. 104-133.

identificou, quanto a esse fenômeno, a “autarquização das empresas estatais”.<sup>250</sup> Ao examinar essa realidade, HENRIQUE MOTTA conclui que, a pretexto de defender o serviço público, o STF, na verdade, protege as empresas prestadoras de serviços públicos. O autor considera que a jurisprudência consolidada muitas vezes alberga os interesses públicos secundários das empresas, à míngua do interesse principal na boa prestação do serviço público, sem amparo constitucional e desestimulando a adoção da forma empresarial pela própria Administração Pública.<sup>251</sup>

Esse entendimento sedimentado tem estreita conexão com a abrangência pretendida pela lei das estatais e, a julgar por esses fundamentos, é um prenúncio da posição que o tribunal terá na sua constitucionalidade.<sup>252</sup>

Cada vez mais, porém, os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da questão vivenciam a dificuldade e a limitação de ater-se apenas ao critério dicotômico entre a prestação de serviços públicos e a exploração de atividade econômica para definir o regime aplicável às empresas estatais. Diante desse quadro, observa-se a emergência de outros elementos que merecem reflexão e sugerem a revisão do tema, notadamente em face da perda da capacidade explicativa da distinção para compreender o regime jurídico das empresas estatais, conforme fundamentos debatidos a seguir.

#### **1.6. Os problemas advindos da dicotomia serviço público x atividades de exploração econômica para identificar o regime jurídico aplicável à empresa estatal: a necessidade de uma nova compreensão dessas categorias**

No tocante às transformações vivenciadas pelo direito administrativo, a doutrina aponta a interconexão e a tensão existentes na distinção público-privado, “tema que inclui a discussão acerca do papel desempenhado pelo Estado na consolidação do

---

<sup>250</sup> PINTO, Henrique Motta. A autarquização das empresas estatais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um obstáculo para as reformas na administração pública. **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, [S.l.], v. 15, n. 57, jul. 2010.

<sup>251</sup> PINTO, Henrique Motta. **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?** 2010. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, pp. 167-186.

<sup>252</sup> Para VITOR SCHIRATO, há uma mudança na jurisprudência do STF em curso, a partir do reconhecimento de que novos elementos devem ser agregados na identificação do regime jurídico das empresas estatais. SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 100. Conforme as reflexões contidas na investigação concluem, porém, tais mudanças ainda estão muito mais associadas às dificuldades advindas da insistência de aplicar o critério dicotômico do que propriamente a uma superação da jurisprudência estabelecida.

direito e sociedade modernos”.<sup>253</sup> Esse contexto também repercute com intensidade na organização administrativa e, quanto ao objeto do presente estudo, no regime jurídico das empresas estatais.

À luz desse quadro, inevitavelmente emerge uma série de críticas quanto à insuficiência do critério dicotômico consagrado pela doutrina e pela jurisprudência para identificar esse regime, conforme os fundamentos já debatidos. Em especial, a grande imprecisão atual do conceito de serviço público e o aumento da complexidade das atividades estatais no domínio econômico acentuaram essa percepção, tornando necessária a discussão a respeito de novos critérios distintivos.<sup>254</sup>

O tópico anterior evidenciou não só a consolidação na doutrina e na jurisprudência da adoção desses critérios como esquema interpretativo e definidor do regime jurídico das empresas estatais, como também os reflexos que, especialmente à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essa compreensão gera.

Em texto exemplificativo das críticas emergentes e precursor do debate sobre o tema que vêm se intensificando, MARÇAL JUSTEN FILHO destaca que as dificuldades atuais refletem a complexidade da organização administrativa. A distinção tornou-se problemática não somente pela inadequação dos conceitos de serviço público e de atividade de exploração econômica, mas em virtude da própria acumulação de atividades de distintas naturezas por uma única e mesma entidade.<sup>255</sup> Na sua visão, seriam três as dificuldades encontradas na identificação do regime jurídico das empresas estatais: i) a tendência a se ignorar a heterogeneidade das atividades exercidas; ii) o reconhecimento da pluralidade de regimes jurídicos que incidem sobre as atividades heterogêneas

<sup>253</sup> ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito. In: OLIVEIRA, Claudia Fernanda Pereira (org.). **O novo direito administrativo brasileiro**: o Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 19.

<sup>254</sup> Conforme já refletiu SABINO CASSESE, a atuação do Estado estendeu-se de forma muito ampla, de modo que nem todos os serviços prestados pelo Estado passaram a ser automaticamente identificados como serviços públicos. Da mesma forma, passou-se a atribuir a organismos externos à própria Administração Pública serviços e atuações de interesse público e geral, mesmo que submetidos a algum tipo de regime jurídico especial, fazendo com que o conceito perdesse a sua unidade e coerência. Em qualquer caso, sinalizando uma profunda transformação na sua capacidade operativa de identificar o que de fato é a persecução e a concretização das funções que o Estado deve desempenhar para o atingimento dos seus objetivos fundamentais, bem como o modo eleito para tal. CASSESE, Sabino. **Derecho Administrativo**: Historia y futuro. Sevilla (España): Global Law Press; Instituto Nacional de Administración Pública, 2014b, p. 80.

<sup>255</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas Estatais e a Superação da Dicotomia Prestação de Serviço Público/ Exploração da Atividade Econômica. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Org.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antonio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 419. Isto é, pela progressiva exploração de atividades econômicas pelas empresas estatais prestadoras de serviços públicos, diante das oportunidades que a própria atividade gera e com o intuito de aumentar as receitas da empresa.

exercidas; e iii) a extensão do regime de direito público, nesses casos, a empresas estatais que exploram – também – atividades econômicas, diante das prescrições do artigo 173, §1º, da Constituição.

No mesmo sentido apontam CARLOS ARI SUNDFELD e RODRIGO PAGANI. Ao ressaltar os sinais de crise da distinção entre serviços públicos e atividades econômicas, indicam que a maior utilidade do critério residia na possibilidade de identificação, por um intérprete que examina um caso concreto, do regime jurídico aplicável à situação: se a empresa estatal desenvolvesse atividade econômica em sentido estrito, assim qualificado pelo ordenamento, seria submetido ao direito privado; se prestasse serviços públicos, seria submetida ao direito público.

Segundo apontam os autores mencionados, a própria legislação brasileira dificultou essa tarefa, ao reconhecer, progressivamente, serviços públicos não subordinados ao regime publicístico, mas sim ao direito privado, em razão da concorrência com particulares do mesmo setor.<sup>256</sup> Embora admitindo não ser indiferente a atividade exercida pela empresa estatal para determinar o regime jurídico que a disciplina, os autores reconhecem que o excesso de publicização causado pelo critério ocasiona “um regime por demais semelhante ao regime comum da Administração Pública, como se não fossem empresas nem precisassem agir empresarialmente”.<sup>257</sup>

Quanto às possíveis soluções para a questão, uma opção simplista, problematizada por MARÇAL JUSTEN FILHO, seria vedar a atuação heterogênea pelas empresas estatais, solução que não encontraria respaldo nem na ordem jurídica, nem na realidade das necessidades resultantes da atividade estatal. Outra opção parte da premissa de que tal dicotomia amoldou-se a uma determinada realidade, já dissonante da atual, sendo possível analisar o tema sob o prisma da evolução dos fatos e da ampliação da complexidade da atuação estatal. Tais fatores podem conduzir à superação da dicotomia,

---

<sup>256</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 245, p. 13-30, mai. 2007, p. 22. Os autores citam como exemplo o caso da PETROBRAS e suas concorrentes privadas, o caso de determinados bancos estatais e seus concorrentes privados, o caso das companhias estaduais e municipais de saneamento básico e suas concorrentes privadas entre outros. Por fim, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 46, que tratou do monopólio da ECT, o Ministro Marco Aurélio consignou: “A possibilidade de duplo regime quanto à prestação do serviço foi inserida no nosso ordenamento jurídico por meio da Lei n. 9.472, de 1997, quando se consignou que, no caso das telecomunicações, poderia coexistir o regime público com o privado. E, para afastar essa aparente, porque falsa, dicotomia entre serviço público e atividade econômica é que o Constituinte derivado houve por bem retirar o adjetivo “público”, que qualificava o serviço de telecomunicações, isso quando da Emenda Constitucional n. 8, de 1995”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADPF 46. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 26 fev. 2010.

<sup>257</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Op. cit.**, p. 21.

com “o surgimento de situações híbridas, dotadas de maior complexidade e demandando do intérprete-aplicador do Direito a elaboração de novos instrumentos de análise, classificação e solução de problemas”.<sup>258</sup>

São principalmente três fatores que auxiliam na compreensão da realidade ora vivenciada, apontados por VITOR RHEIN SCHIRATO. Em primeiro lugar, a noção de serviço público sobre a qual se apoia a doutrina e a jurisprudência para identificar as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, sobre as quais recairiam o regime jurídico próprio da Administração, indica ter sido superada.<sup>259</sup> De fato, pode-se compreender, como se verá nos tópicos seguintes, que já no momento em que se passou a admitir a gestão privada e o uso do direito privado no regime jurídico do serviço público, essa noção foi fundamentalmente fragilizada, no contexto da primeira crise da noção do serviço público.<sup>260</sup> Além disso, ao lado das várias mutações pela qual passou a noção de serviços públicos, observa-se atualmente uma nova crise vivenciada pelo conceito, que tem se irradiado para o domínio das empresas estatais. Mais adiante, as crises do conceito de serviço público serão adequadamente discutidas.

O segundo fator, destacado por SCHIRATO e relacionado ao primeiro, é a falta de clareza na dicotomia serviço público/atividade econômica. A ausência de critérios normativos inteligíveis para aplicação da dicotomia deriva, notadamente, da enorme dificuldade de também conceituar o que é atividade econômica e da circunstância de que há inegável caráter econômico nos serviços públicos na sua acepção mais estrita.

Disso decorre, da mesma forma, a profunda crise pela qual passa a dicotomia público/privado, diante do crescimento do papel dos cidadãos na Administração Pública e da aproximação da ação administrativa às relações privadas.<sup>261</sup> Nesse sentido, como destaca o autor, a tentativa doutrinária de apresentar uma exegese da Constituição que identifique a reserva dos serviços públicos ao Estado na forma do artigo 175 e a exploração de atividades econômicas aos particulares com fundamento no artigo 173 pode ter justificativa teórica, ainda que questionável, mas “pouca – ou nenhuma –

---

<sup>258</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas Estatais e a Superação da Dicotomia Prestação de Serviço Público/ Exploração da Atividade Econômica. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Org.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antonio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 403-423, p. 422.

<sup>259</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 97.

<sup>260</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 273.

<sup>261</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Op. cit.**, pp. 64-84.



ressonância no campo prático, eis que essa divisão não existe na realidade”.<sup>262</sup> A adequação dessa interpretação também será discutida posteriormente.

O terceiro fator diz respeito ao progressivo acometimento, a empresas estatais, de funções públicas não enquadradas nem como atividades econômicas, resultante da intervenção do Estado no domínio econômico, nem como serviços públicos em sentido estrito. Essas atividades podem ser compreendidas como serviços públicos em sentido amplo, incluindo “desde funções típicas do poder de polícia até funções ancilares da Administração Pública, necessárias ao desenvolvimento de outras atividades a ela acometidas”.<sup>263</sup>

Dentro desse espectro de atividades, como cita VITOR RHEIN SCHIRATO, pode-se apontar a existência de atividades-meio relacionadas à atuação da Administração Pública, voltadas a atividades de pesquisa, fomento e desenvolvimento, coordenação e estudos de engenharia entre outras. As controvérsias geradas por essa realidade resultam da mudança de paradigma vivenciada pela organização administrativa brasileira, visto que o Decreto-Lei n. 200/1967 instituiu, para as empresas estatais, um inerente caráter mercantil. À luz dessa legislação, seria vedado, por consequência, a atribuição de atividades típicas de Estado ou que não tivessem esse caráter, o que não correspondeu à realidade da prestação de serviços públicos por empresas estatais ao longo das últimas décadas, e que agora tem um significado renovado pela Lei n. 13.303/2016.<sup>264</sup> Nesse contexto também se inclui o exercício simultâneo, pelas empresas estatais, de atividades econômicas em sentido estrito e de serviços públicos. Todas essas situações a demonstrar a insuficiência de um critério dicotômico para a compreensão do regime jurídico de tais entidades.

O equacionamento dessas questões exige um enquadramento atualizado do contexto normativo da intervenção do Estado no domínio econômico e da organização administrativa na atualidade,<sup>265</sup> bem como a compreensão das categorias fundamentais do tema, indicando a necessidade de novos eixos de interpretação e definição do regime jurídico das empresas estatais.

---

<sup>262</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 84.

<sup>263</sup> Idem, *ibidem*, p. 89.

<sup>264</sup> Idem, *ibidem*, p. 91.

<sup>265</sup> Debatidos no Capítulo I.

## 2. O conceito de serviço público

### 2.1 Considerações iniciais

O tema dos serviços públicos é um dos mais candentes do direito administrativo. Até mesmo o debate a respeito da sua crise expõe inúmeras e diversas – na maioria das vezes frontalmente conflitantes – posições, que vão desde a defesa do seu fim, até a construção de um novo conceito e o desenho de um novo papel.<sup>266</sup> Como bem define LUCIANO PAREJO ALFONSO, o serviço público é – quase repetido à saciedade – um conceito carente de definição legal e, portanto, essencialmente dogmático.<sup>267</sup>

No Brasil, a realidade não é diferente. Diante da inexistência de uma concepção ontológica de serviço público, o seu significado deve ser analisado com enfoque no ordenamento jurídico de cada país. Naturalmente, tanto a análise histórica quanto a comparada – e até mesmo a extrajurídica – contribuem para a sua compreensão. Contudo, não se pode prescindir de uma análise voltada às disposições legais que versam sobre os serviços públicos.

Diante da extensa produção doutrinária existente e da circunstância de que o debate sobre conceito de serviço público é amplíssimo e complexo, o presente estudo não irá abordar de forma aprofundada toda a sua construção teórica, sob pena de diluir o foco da investigação. Cabe, no presente tópico, compreender a complexidade do tema, o seu percurso no direito brasileiro e as razões pelas quais emerge a necessidade de uma releitura – ou uma atualização – dos seus fundamentos informadores.

O objetivo é evidenciar que a dicotomia que opõe “serviços públicos” a “atividades econômicas” assenta-se sobre uma divisão estanque incompatível com a realidade atual e, talvez, jamais inteiramente aplicável.

Como destacado no Capítulo I, a Constituição de 1988 não institui um Estado absenteísta, mas sim um Estado prestacional. Daí decorre que a sua posição não é neutra quando se está diante de necessidades de desenvolvimento econômico e social da

---

<sup>266</sup> Cfr., por exemplo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Empresa pública y servicio público: el final de una época. In: SALGADO, David Cinfuegos; LOZANO, Luis Gerardo (coord.). **Actualidad de los servicios públicos em Iberoamérica**. México D. F: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 226-228; FALLA, Fernando Garrido. ¿Réquiem por el servicio público? **Cuenta y razón**, n. 116, 2000, pp. 7-14; ORTIZ, G. Ariño; CUETARA, J. M. de La; LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. Martínez. **El nuevo servicio público**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

<sup>267</sup> ALFONSO, Luciano Parejo. Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros. In: SALGADO, David Cinfuegos; LOZANO, Luis Gerardo (coord.). **Actualidad de los servicios públicos em Iberoamérica**. México D. F: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 476.

coletividade, o que pressupõe a garantia de determinadas prestações necessárias à realização desses objetivos, seja diretamente, seja por meio da iniciativa privada.

São diversos os dispositivos constitucionais na Carta de 1988 que tratam da prestação de serviços pelo Estado, mas o conceito é utilizado com vários e distintos significados, agregando uma certa complexidade e dificuldade na apreensão e conceituação do objeto a que se destina.<sup>268</sup>

Aponta ALMIRO DO COUTO E SILVA que, na França e em países que sofreram a influência do conceito francês de serviço público, como Portugal, Itália e Grécia, inexistiu um conceito constitucional de serviços públicos, embora haja referências aos serviços públicos nas respectivas Constituições.<sup>269</sup> Para o autor, o Brasil fez com o conceito de serviço público modelado pela doutrina francesa “o que a França não fez: deu-lhe rigidez normativa ao fixá-lo na Constituição, atribuindo, por essa particularidade formal, um caráter brasileiro ao conceito”.<sup>270</sup> É por essa razão que o mesmo autor e também Régis da Silva Conrado se referem à expressão “serviço público à brasileira”.<sup>271</sup>

Diante da existência de uma série de previsões constitucionais sobre a prestação de serviços no ordenamento brasileiro e as múltiplas acepções decorrentes, tomadas pela doutrina, é relevante expor o conceito de serviço público adotado na investigação, que se apoiará na conceituação de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, segundo o qual os “serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade”.<sup>272</sup>

Cumprido destacar que a complexidade na definição do conceito se reflete na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Apesar de apreciar temas cuja solução

<sup>268</sup> Exemplificativamente, a atividade prestacional do Estado brasileiro é identificada nos artigos seguintes: 1º; 3º; 6º; 9º, §1º; 21, incisos X, XI, XII, XIV, XV, XVIII, XXIII; 22, inciso V; 23; 24, inciso IV; 25, §2º; 30, incisos V e VII; 34, VII, “e”; 35, inciso III; 167, inciso IV; 182; 197; 198; 205; 208; 209; 215; 217; 218; 225; 26; 231.

<sup>269</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 45-74, out. 2002, p. 72. Segundo o autor, a noção “nesses países, foi muito mais trabalhada pela jurisprudência e pela doutrina, as quais, assim como a legislação, não têm os pesados condicionamentos constitucionais existentes no Brasil”.

<sup>270</sup> SILVA, Almiro do Couto e. **Op. cit.**, p. 73.

<sup>271</sup> CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 231 e SILVA, Almiro do Couto e. **Op. cit.**, p. 74.

<sup>272</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 130.

envolve como ponto de partida uma determinada compreensão do que são serviços públicos, a Corte ainda os examina a partir de visões diversas e voltadas a cada caso analisado, que absorvem concepções diferentes e que se refletem na falta de coerência do Tribunal nos casos submetidos a julgamento. Em outras palavras, como aponta VITOR SCHIRATO, as concepções doutrinárias sobre o conceito geram reflexos na jurisprudência do tribunal, mas não de forma uniforme. Há momentos em que, por exemplo, o aspecto objetivo dos serviços públicos é preponderante. Em outros, destaca-se o aspecto subjetivo e, em alguns casos, é realizada a associação direta entre serviços públicos e exclusividade, criando um conjunto de julgados cujos fatores de decisão não guardam muita relação, apesar de versarem sobre conceitos idênticos.<sup>273</sup>

Nos dias atuais, a matéria é debatida, preponderantemente, em relação à definição do regime jurídico das empresas estatais, notadamente no debate a respeito da extensão a essas empresas de privilégios e benefícios típicos de pessoas jurídicas de direito público, como a imunidade tributária, a impenhorabilidade dos bens, regime de pessoal, entre outros, conforme debatido no tópico 1.5 – Capítulo II.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO sustenta que seriam “grandes os problemas administrativos” que a posição correntemente adotada pelo STF quanto ao conceito de serviço público geraria na estrutura da organização administrativa de todos os Entes da Federação, “acarretando maior publicização da Administração Indireta, justamente na contramão da tendência mundial de adoção de métodos mais flexíveis em relação ao Direito Público com vistas à maior agilidade e eficiência”.<sup>274</sup>

Por essa razão, e com enfoque nos reflexos que se terá para a configuração da constitucionalidade do artigo 1º da Lei das Estatais, cumpre expor os aspectos a seguir sobre os serviços públicos, tanto no ordenamento e na doutrina brasileiros, quanto na experiência do direito comunitário europeu e português.

---

<sup>273</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 65-73.

<sup>274</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 127-128.

## 2.2. O surgimento da noção tradicional de serviço público e o percurso no direito brasileiro

A construção jurídica da ideia de serviço público ocorreu na França.<sup>275</sup> Entre tantos fatores associados à emergência de uma noção tão importante, a doutrina comumente identifica a centralidade, nesse percurso, dos conflitos surgidos entre a crescente atividade administrativa, com a consequente necessidade de delimitação do campo de aplicação do direito administrativo, e a competência do contencioso administrativo a cargo do Conselho de Estado no contexto francês pós-revolucionário.<sup>276</sup>

Inexistia um critério objetivo claro o suficiente para servir de parâmetro para a derrogação do direito comum. A criação do Tribunal de Conflitos viabilizou uma solução para os conflitos de jurisdição e, entre os seus julgados, ganhou notoriedade o “Acórdão Blanco”.<sup>277</sup> Instado a definir a jurisdição competente para uma ação de responsabilidade por danos físicos causados a uma menina por uma companhia estatal de distribuição de tabaco, o Tribunal decidiu por remetê-la à jurisdição administrativa, por entender que em questão estava a prestação de um serviço público.

A decisão transformou-se em um marco histórico tanto a respeito do conceito de serviço público, quanto da delimitação do âmbito de competência do contencioso administrativo francês e da noção de responsabilidade civil do Estado, sendo relevante para o delineamento do próprio direito administrativo.<sup>278</sup>

Enquanto a jurisprudência do Conselho de Estado e do Tribunal de Conflitos ampliavam a aplicação de regras de direito público, ganhou grande destaque e influência

<sup>275</sup> MEDAUAR, Odete. Nova crise do serviço público? In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). **Estudos de direito constitucional** – em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 528.

<sup>276</sup> JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 21.

<sup>277</sup> Sobre o Acórdão Blanco e a teoria do serviço público cfr. SILVA, Vasco PEREIRA DA SILVA, **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**. Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 10-11.

<sup>278</sup> JUSTEN, Mônica Spezia. **Op. cit.**, p. 23. Contextualizando da mesma forma, cfr. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 87-88. Vale trazer o destaque feito por MONICA SPEZIA JUSTEN de que “o acórdão *Blanco* não causou tamanho impacto na doutrina à época em que foi proferido. Durante quase trinta anos a decisão passou quase ignorada pela jurisprudência e mesmo pelas construções teóricas dos administrativistas. A interpretação de que o serviço público seria categoria jurídica de fundo do direito administrativo e critério de competência administrativa só foi extraída do consagrado acórdão muitos anos depois de ele ter sido proferido”. JUSTEN, Mônica Spezia. **op. cit.**, p. 26. Para uma visão crítica sobre as consequências da atuação do Conselho, notadamente quanto à origem do direito administrativo, cfr. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 269-303.

as concepções formuladas pela “Escola do Serviço Público”, cujo primeiro expoente foi LEÓN DUGUIT e à qual somam-se as obras de GASTON JÈZE.

Em especial, destaca VITOR SCHIRATO a circunstância de que à época identificava-se uma progressiva necessidade de que fossem desempenhadas determinadas atividades essenciais à satisfação de necessidades coletivas de cunho monopolístico, cuja exploração pela iniciativa privada seria inviável. O ideário do Estado Liberal, porém, não permitia a exploração dessas atividades pelo Estado sem qualquer justificativa, razão pela qual, diante dessa necessidade concreta, surgiu o conceito de serviço público como uma “forma de conciliação entre os ideais liberais da época e as necessidades coletivas”.<sup>279</sup> O conceito logo passou a ganhar influência não só na Europa como também na América Latina, em um movimento de adaptação que, na observação de JUAN CARLOS CASSAGNE “ocorre graças à extraordinária versatilidade instrumental que caracteriza as instituições de direito administrativo”.<sup>280</sup>

No Brasil, como observa ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, o serviço público expressa, em grande parte, a ideia francesa, razão pela qual muitos debates espelham discussões que ocorreram – e ocorrem – na França e nos demais países influenciados pelo seu regime.<sup>281</sup> Porém, com bem aponta VITOR SCHIRATO, a trajetória do conceito no país foi tortuosa e materializa nuances que merecem reflexão e que terão grande relevância no desenvolvimento do tema.

Diferentemente do que ocorreu na França e em outros países, em que o surgimento dos serviços públicos decorreu de necessidades práticas e quanto às quais o desenvolvimento pela iniciativa privada não atendia o interesse público de forma eficaz, no Brasil, ainda no período imperial, havia a noção de que o Estado deveria desempenhar determinadas atividades de interesse coletivo.

Contudo, no país, a conciliação do dogma liberal vigente com o intervencionismo estatal fundou-se na compreensão de que determinadas atividades de interesse coletivo deveriam ser controladas pelo Estado. Tal concepção deriva de uma perspectiva que refletia certos “privilégios” da coroa, decorrentes ainda dos monopólios régios que foram impostos amplamente.

---

<sup>279</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 38-39.

<sup>280</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción). **Revista de administración pública**, ISSN 0034-7639, n. 140, 1996, p. 95.

<sup>281</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 73.

Com a promulgação da Constituição republicana de 1891 e o diacronismo de justificar o intervencionismo do Estado sob a perspectiva anterior, destaca VITOR SCHIRATO que os debates sobre as atividades de interesse público passaram a se aproximar do direito norte-americano, em uma mudança de concepção associada mais ao *controle* do que à *titularidade* pelo Estado, em modelo semelhante ao das *public utilities*. A Constituição de 1891, nesse sentido, consagrou a regra da liberdade econômica, inclusive quanto aos serviços de utilidade pública. No período, a Administração valeu-se do instituto da concessão, como forma de assegurar a regulamentação do exercício das atividades de interesse público sem as propriamente assumir como típicas do Estado.<sup>282</sup>

Somente após a Constituição de 1937 é que essa realidade se altera, com a assunção progressiva e intensa de atividades de interesse coletivo pelo Estado, e a retomada da influência dos conceitos e institutos europeus – notadamente o conceito francês de serviço público. Nesse ponto, como destaca VITOR SCHIRATO, há acentuada influência dos trabalhos conduzidos pela comissão de juristas designada para elaborar uma lei geral sobre fiscalização e controle dos serviços públicos concedidos, em atendimento ao artigo 147 da Constituição de 1937.<sup>283</sup>

Os estudos da comissão concluíram pela necessidade de o direito administrativo pátrio se afastar da crescente influência do direito norte-americano no campo das *public utilities*. Invocou-se o fundamento de que tal abordagem era incompatível com o conceito construído de serviços públicos concedidos e, além disso, no Brasil, ao contrário dos Estados Unidos, a regra tradicionalmente adotada foi a da exclusividade “porque o serviço de exploração concedida foi sempre incluído na esfera de ação do Estado, e, por conseguinte, esteve sempre submetido ao controle autoritário-administrativo do poder concedente”.<sup>284</sup>

Com esse “resgate às origens”, isto é, com essa mudança de eixo para o direito continental europeu e, em especial, para o francês, os apontamentos de ODILON BRAGA sobre os estudos da comissão impactaram o desenvolvimento dos serviços públicos no

---

<sup>282</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 40-41, p. 41-42. Sobre as influências do direito norte americano na Constituição de 1891, vale trazer os apontamentos de JORGE MIRANDA sobre a adaptação ao Brasil do sistema constitucional de modelo norte-americano, com a reorganização do poder, agora dividido entre a União e os Estados Federados e a substituição de um nascente modelo parlamentar para um governo presidencial. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 219.

<sup>283</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Op. cit.**, p. 44.

<sup>284</sup> BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 7, p. 33-51, jan. 1947, pp. 39/46

Brasil. Em especial, os estudos indicaram a alteração do uso da expressão “serviço de utilidade pública” para adotar a expressão “serviço público concedido”, no sentido com que é atualmente apreendido no ordenamento brasileiro. E, além disso, é destacada a perspectiva de que as atividades até então reguladas sob o ângulo das *public utilities* tratavam-se, na verdade, de atividades de “propriedade pública”, na expressão do autor, por constituírem serviços públicos.<sup>285</sup>

Na conclusão de VITOR SCHIRATO, com base nos estudos citados e no intervencionismo estatal crescente, verificou-se a migração de uma concepção funcionalista de serviço público, isto é, uma atividade voltada a uma finalidade pública, para uma concepção essencialmente orgânica, na qual a atividade é desempenhada diretamente pelo Estado ou por terceiro por ele delegado.

A partir de então, intensifica-se no direito brasileiro uma série de compreensões sobre o conceito de serviços públicos e o regime jurídico aplicável que estão estreitamente ligados com os fundamentos do critério dicotômico ainda hoje prevalente, definido a partir da obra expoente de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, como será examinado a seguir.

### 2.3. O debate sobre o regime jurídico dos serviços públicos

A mudança de paradigma prenunciada pelo relatório citado foi consolidada pela doutrina de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, muito influenciado pelo direito francês e, em especial, por GASTON JÈZE. Para esse autor, “o essencial no serviço público é o regime jurídico a que obedece, a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu controle, os benefícios e os privilégios de que goza, o interesse coletivo a que visa atender”.<sup>286</sup>

---

<sup>285</sup> BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 8, abr. 1947, p. 33. Para o autor, em outro trecho do relatório: “Bem se vê, pois, que a noção de *serviço público explorado por concessão*, resultante dos trabalhos da Comissão Geral e das votações da Comissão Coordenadora, é a que emerge das realidades tradicionais do nosso direito administrativo, inspiradas pelo direito equivalente da Europa continental. Por efeito dela, o serviço denomina-se ‘público’, não porque seja de utilização do ‘público’ ou de ‘um público’, mas porque pertence ao sistema das atividades do poder público (arts. 1º, 8º, e 10º). Por conseguinte, o que este concede não é o *serviço* mas tão somente a sua exploração lucrativa, mediante o uso e o gozo dos bens e direitos destinados a assegurar a sua organização e seu funcionamento” (art. 9º). BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 7, p. 33-51, jan. 1947, p. 42-43.

<sup>286</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. v. 2. 5. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964, p. 55.



O seu pensamento consolida a perspectiva de que os serviços públicos são atividades pertencentes ao Estado e institui também a compreensão de que se sujeitam a um regime jurídico especial, que decorre de normas especiais emanadas do Estado e necessárias para o atendimento das necessidades da coletividade. Na compreensão de VITOR SCHIRATO, a doutrina de THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI introduz a compreensão de que o serviço público é distinguido pelo regime jurídico que submete a atividade e que, na sua doutrina, estão identificados os três elementos clássicos do serviço público – o elemento subjetivo, o material e o formal.<sup>287</sup> Com isso, acentuou a divisão entre os regimes jurídicos nos serviços públicos, tornando nítido o aparte entre o regime jurídico de direito privado e o regime jurídico de direito público.<sup>288</sup>

A questão da diferenciação do regime jurídico, controversa e de complexo equacionamento, recebeu no Brasil a influência mais dominante da doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Segundo esse autor, o regime jurídico-administrativo é demarcado pelo binômio composto pela supremacia do interesse público e pela indisponibilidade dos interesses públicos. Para o administrativista, da posição de supremacia decorre uma série de prerrogativas em favor da Administração Pública, como o poder de autotutela, a presunção de legitimidade e a imperatividade dos atos administrativos, a natureza unilateral dos seus atos e os prazos processuais e prescricionais diferenciados.<sup>289</sup>

Aponta VITOR SCHIRATO que a noção de supremacia do interesse público como fundamento de um conjunto de prerrogativas da Administração Pública é uma construção típica do direito administrativo brasileiro. O conceito parte, ao mesmo tempo, de um pressuposto finalístico, que é o atendimento de interesses ou necessidades coletivas, e de um pressuposto de autoridade, “na medida e que a prerrogativa atribuída à administração pública para a satisfação do interesse público é o uso de uma autoridade desigual com relação aos particulares”.<sup>290</sup> Para o autor, essa concepção pressupõe a completa separação entre os regimes de direito público e o de direito privado.

---

<sup>287</sup> O elemento orgânico, segundo a concepção clássica do direito administrativo, diz respeito à circunstância de ser uma atividade estatal. O elemento finalístico, o de ser uma atividade destinada à satisfação das necessidades essenciais da população. O elemento material, o de ser uma atividade sujeita a regime jurídico administrativo exorbitante do direito comum. FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 602.

<sup>288</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 47.

<sup>289</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 69-87.

<sup>290</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Op. cit.**, p. 51.

Essa realidade, porém, é questionada diante do enorme aumento da complexidade da vida em sociedade e, especificamente quanto ao Estado, diante do alargamento e da expansão das suas atividades. Como afirma ODETE MEDAUAR, “parece estranho pensar em fronteiras rígidas entre o direito público e o direito privado e se cogitar de que um possa ter primazia sobre o outro”,<sup>291</sup> especialmente porque não se espera encontrar um único regime jurídico qualificador da atuação estatal, eis que assumirá várias formas e critérios a cada momento, conforme estiver disposto pelo direito positivo.<sup>292</sup>

Apesar disso, passou-se, no Brasil, a conferir aos serviços públicos um regime jurídico especial, denominado como “regime jurídico de direito público”. Como destaca VITOR SCHIRATO, esse “regime jurídico seria delineado por uma série de prerrogativas asseguradas ao Estado (ou a seu delegatário) na prestação dos serviços públicos, em oposição a um regime jurídico de direito privado, que seria incompatível com tais prerrogativas”.<sup>293</sup> CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, na obra debatida no tópico 1.4 – Capítulo II, defende a aplicação aos serviços públicos de “um específico regime de direito público”, que consubstancie uma unidade, formada por princípios e regras caracterizados pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado e por restrições especiais.<sup>294</sup>

Sedimentou-se na doutrina nacional, portanto, a compreensão de que da caracterização de uma determinada atividade como serviço público decorre a aplicação de um regime jurídico de direito público, exercidos tipicamente pelo Estado, a que se seguem prerrogativas e privilégios, contrário a um regime de livre iniciativa e livre concorrência.<sup>295</sup>

---

<sup>291</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 211.

<sup>292</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 51.

<sup>293</sup> Idem, ibidem, p. 53.

<sup>294</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1979, p. 19.

<sup>295</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Op. cit.**, pp. 58-65. JUAN CASSAGNE, em análise do contexto geral e depois do espanhol e argentino, destaca que a concepção de serviço público, nas tendências doutrinárias do século XX, aparece sempre associada a dois elementos: o regime jurídico especial de serviço público e a titularidade estatal (*publicatio*). Após aprofundamento do tema, conclui o autor: “En la actualidad, el servicio público se desenvuelve en un marco tendente a segmentar los mercados y generar la máxima libertad compatible con la calidad y eficiencia de las respectivas actividades, que en algunos ordenamientos, como el argentino, se ha transformado en un deber del Estado”. CASSAGNE, Juan Carlos. El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción). **Revista de administración pública**, n. 140, 1996, pp. 102-105.

Como resultado, os efeitos de tais concepções se refletem na jurisprudência pátria. No Supremo Tribunal Federal, em especial, como demonstrado no tópico 1.5 – Capítulo II, as consequências da adoção desse posicionamento têm sido observadas no debate sobre a atribuição de benefícios e prerrogativas a prestadores de serviços públicos, independentemente da forma jurídica adotada para a prestação do serviço. Identifica-se, na jurisprudência do STF, a utilização dos fundamentos doutrinários sedimentados desde um percurso iniciado principalmente na década de 1940.

Apesar do longo período de utilização do critério, ainda não se identifica, principalmente na jurisprudência da Corte Constitucional, a adoção de um conceito de serviço público que dê coerência e uniformidade na definição do regime jurídico das empresas estatais, a indicar o descompasso entre tais fundamentos e a realidade do Estado contemporâneo.

Nos tópicos a seguir, serão efetuadas breves reflexões sobre o conceito na Europa e em Portugal. Em seguida, serão debatidos os fundamentos que informam a necessidade de revisão do tema, a sugerir que os eixos de interpretação para o tema dos serviços públicos na Constituição de 1988 merecem nova leitura, consentânea com uma atividade empresarial do Estado – inclusive no âmbito dos serviços públicos – contemporânea e adequada.

## 2.4. A crise dos serviços públicos

Pode-se dividir a crise do conceito de serviços públicos em duas fases, o que não significa dizer, conforme destaca ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, que para além dessa divisão não haja outras possibilidades de compreensão sobre as transformações vivenciadas pelo conceito. Para o autor, pelo contrário, pode-se dizer inclusive que “o serviço público é, desde sua origem uma noção em permanente crise”.<sup>296</sup>

Para ODETE MEDAUAR, as primeiras perturbações na identificação jurídica do serviço público ocorreram nos seus elementos material e orgânico. Ainda no início do século XX, a jurisprudência francesa reconheceu que o serviço público não

---

<sup>296</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 187. REGIS DA SILVA CONRADO, por exemplo, divide a temática da crise dos serviços públicos em quatro momentos. A primeira crise, no critério orgânico; a segunda crise, no critério formal; a terceira crise, a reforma do Estado; a quarta crise, a integração europeia. CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58-65. Sobre o estado de crise permanente, cfr. ALFONSO, Luciano Parejo. **Lecciones de Derecho Administrativo**. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 298.

necessariamente atrai a aplicação de um regime jurídico de direito público e o de que entidades privadas podem realizar serviços públicos.<sup>297</sup>

A primeira fase de crise do conceito, que perpassa todo o século XX, é marcada pelo exponencial aumento de atividades a cargo do Estado, o que abalou a unidade que até então era a base da sua compreensão, a partir da identidade pretendida entre os serviços públicos e todas as atividades estatais. Em especial, o Estado passa não só a explorar atividades econômicas em sentido estrito, mas a prestar também serviços públicos que demandam uma determinada estrutura que passou a atrair mecanismos de direito privado, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista.<sup>298</sup>

A segunda fase – e corrente – da crise do conceito de serviços públicos é identificada pelas consequências advindas, conforme as anotações de LUCIANO PAREJO ALFONSO, da passagem de atividades aos particulares em atuação no mercado, diante do contexto da globalização da economia, e do qual decorrem políticas de desregulação e liberalização. É nesse sentido que também aponta ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, com o destaque de que a noção de serviço público entra novamente em crise em função do seu alargamento desmesurado.<sup>299</sup> Tais mudanças geraram uma aproximação do conceito de serviço público à noção anglo-saxônica de *public utilities* que se choca com a concepção tradicional francesa, notadamente no aspecto em que exclui essas atividades da liberdade de iniciativa e da concorrência, pressupondo apenas um prestador – o Estado.<sup>300</sup>

<sup>297</sup> MEDAUAR, Odete. Serviço público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, p. 100-113, jul. 1992, p. 106. Para a autora, pode-se indicar o Caso Bac d'Eloka, de 1921, no qual foi reconhecido que a prestação de serviço público não acarretava necessariamente a aplicação do direito público, e as decisões Monpeurt (1942) e Bouguen (1943), em que se reconheceu que entidades profissionais participavam da execução de um serviço público – ainda que não classificadas como estabelecimentos públicos tradicionais. Cfr. também MACHETE, Rui. A evolução do conceito de serviço público e a natureza das relações entre concessionário ou autorizado e o utente. In: **Estudos jurídicos e econômicos em homenagem ao Professor João Lumbrals**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 1012.

<sup>298</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 189-190. Também nesse sentido, HÉCTOR MAIRAL: “De esta manera, se expandió la noción pero perdió uno de sus atributos: la plena sujeción al derecho y a la jurisdicción administrativos no fue ya un elemento necesario de la definición. Posteriormente, se debilitó el elemento orgánico, al encomendarse la gestión de servicios públicos a organismos privados sin recurrir al régimen de la concesión (55). Quedó entonces solamente la actividad o fin de interés general, justamente el elemento más impreciso de los tres, como nota definitoria. Agregó un factor más de confusión la aparición de los llamados “servicios públicos sociales”, o sea, aquellos que tienen por objeto proporcionar a los sectores más desprotegidos de la población, prestaciones que los cubran de los riesgos inherentes a su condición social”. MAIRAL, Héctor A. La ideología del servicio público, REDA n. 14, Buenos Aires, ed. LexisNexis, 1993, pp. 359 a 437. Cfr. também RAIMUNDO, Miguel Assis. **As empresas públicas nos tribunais administrativos**: contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2007, p. 71.

<sup>299</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 191.

<sup>300</sup> Idem, ibidem, p. 202.

No Brasil, essa transformação também é marcada pela liberalização de serviços, redução de monopólios estatais, inserção da competição na prestação dos serviços públicos, abertura de mercados e fortalecimento de mecanismos de regulação.<sup>301</sup> Esse contexto motiva farta literatura a discutir a adequação e a funcionalidade do conceito nos dias atuais.

Tais afirmações, contudo, não se aplicam ao ordenamento jurídico brasileiro, onde se parte da compreensão de que incumbe expressamente ao Poder Público prestar os serviços públicos, diretamente ou mediante concessão ou permissão – nos termos do artigo 175 da Constituição. A crise do conceito de serviço público, ainda que com diversos graus de intensidade nos demais ordenamentos, não expressa o seu fim, em especial no ordenamento brasileiro. Pelo contrário, pode-se conceber um movimento no sentido oposto, em que o conceito vivencia um intenso processo de transformação que não sugere o seu abandono.

Como destaca ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, “as alterações mais substanciais no regime jurídico dos serviços públicos visam não a simplesmente fortalecer a iniciativa privada ou outros valores constitucionais, mas sim a melhor atender aos fins dos serviços públicos de coesão social e proteção da dignidade da pessoa humana, que continua sendo o seu principal papel”.<sup>302</sup>

Como será debatido na Parte 3 desta investigação, em questão está a notável característica dos ordenamentos contemporâneos de estabelecer como elemento definidor das finalidades do Estado o conjunto dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional. Nesse contexto, os serviços públicos se inserem como instrumentos de concretização de direitos fundamentais que demandem uma atuação positiva do Estado, alterando-se o paradigma em que eram vistos como prerrogativa e passam a ser entendidos como obrigação. É a rota inversa do que o histórico demonstrado nos tópicos anteriores evidenciou como ocorrido no Brasil, em que a evolução da noção de serviço

---

<sup>301</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 126-135. DINORÁ GROTTI também aponta esses movimentos de mudança, na forma seguinte: “Diante da diversificação dos serviços públicos em função de profundas alterações no processo econômico social definido por vários fatores, entre os quais, a inovação tecnológica e a sofisticação dos serviços, houve uma extinção da uniformidade de regime jurídico e foram sendo editados diplomas legislativos disciplinando setores específicos e determinados. Surgem o direito das telecomunicações, o direito da energia elétrica, dos portos, e assim por diante”. GROTTI, Dinorá. *Serviços públicos e os diferentes regimes de prestação*. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). **A regeneração da administração pública**: Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo NATAL 2016. Curitiba: Íthala, 2007, p. 31.

<sup>302</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 203-204

público consolidou-se muito mais como uma prerrogativa estatal – inclusive sob aspectos puramente instrumentalizados aos interesses das empresas estatais – do que propriamente para garantir aos cidadãos um direito – decorrente de uma obrigação do Estado.<sup>303</sup>

À luz desse contexto, compreende-se que a reflexão e a atualização dos conceitos em questão são inevitáveis. Diante da permanência da importância da noção de serviço público no direito brasileiro, por força inclusive do artigo 175 da Constituição que incumbe ao Estado esse dever, é forçoso admitir que as profundas mudanças na sociedade impactam a sua compreensão e exigem uma interpretação alinhada ao paradigma atual.

Mesmo no direito comunitário europeu, como será visto a seguir, o tema permanece em debate, com aprofundamento teórico e dogmático maior do que observado no caso brasileiro.

## **2.5. O conceito no direito europeu: a evolução do conceito de serviços públicos na Europa e a emergência de um conceito funcional de serviços públicos em Portugal**

Para além das crises vivenciadas pela noção de serviços públicos em função das transformações vivenciadas pelo Estado ao longo do século, é de se destacar as adaptações sofridas pelo conceito no continente europeu no contexto pós-guerra, pautado por uma intensa agenda de integração econômica, política e social.

Em especial, o conceito de serviços públicos de origem francesa e que influenciou vários países europeus e latino-americanos vivenciou na Europa intensa mudança na sua compreensão, notadamente em função do movimento de liberalização implementado no continente desde a década de 1980.<sup>304</sup>

Como destaca VITAL MOREIRA, a ordem econômica fundamental da União Europeia é baseada na economia de mercado e na concorrência. O Tratado de Roma, de 1957, ao dispor sobre a atuação do Estado na atividade econômica, assegura a neutralidade e a liberdade dos países-membros de criar ou manter empresas públicas.

<sup>303</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 97-123. Essa perspectiva será aprofundada na Parte 3.

<sup>304</sup> BEZERRA, Helga Maria Sabóia. As transformações da noção de serviço público na União Européia: o serviço de interesse geral do Tratado de Lisboa. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 32, p. 104-133, jan/jun 2008., p. 104. Para FAUSTO DE QUADROS, logo a seguir ao direito constitucional, o direito administrativo (no contexto europeu) apresenta maior afinidade ao direito comunitário. QUADROS, Fausto de. **A nova dimensão do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 9.

Segundo a ordem econômica comunitária, o setor público empresarial do Estado deve estar compatibilizado com duas questões fundamentais: a garantia da liberdade de iniciativa privada e a primazia das regras da concorrência.<sup>305</sup>

À exceção do artigo 73<sup>306</sup> do Tratado de Roma, não há outra disposição ou referência sobre os serviços públicos. Como salienta VITAL MOREIRA, em vez de adotar o conceito, o Tratado dispõe sobre uma nova noção, a de “serviços de interesse econômico geral”. MÔNICA JUSTEN destaca que, além de não adotar o conceito de serviços públicos, o Tratado buscou reduzir os espaços ocupados pela atuação estatal direta no mercado.<sup>307</sup> No contexto de um direito comunitário europeu que passou a abranger tanto países que elegiam os serviços públicos como elemento central da atuação estatal quanto países que desconheciam a noção, pode-se compreender que o conceito de serviços de interesse econômico geral surge como uma solução de compromisso, refletindo as oscilações dos momentos políticos característicos e a multiplicidade de interesses políticos em debate.<sup>308</sup>

A evolução da matéria no direito comunitário europeu pode ser dividida em três fases, como proposto por VITAL MOREIRA: a fase da indiferença, de 1957 a 1986, a fase do confronto e da ofensiva contra os serviços públicos, de 1986 a 1993/94 e a fase do compromisso e transação instável, de 1993/94 até ao presente. Sustenta o autor que, a partir da década de 1980, ocorreu um choque frontal entre o direito francês dos serviços públicos com o direito comunitário.

Entre outros fatores, ficaram evidentes os conflitos na pretensão de criação de um mercado único europeu e a existente estrutura exclusiva de serviços públicos; a acusação de ineficiência, desperdício e ausência de liberdade de escolha pela crítica neoliberal ao modelo de serviço público; e, por fim, a potencialização da privatização das

---

<sup>305</sup> MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, agosto/setembro/outubro 2009, pp. 5-6.

<sup>306</sup> Artigo 73: “São compatíveis com o presente Tratado os auxílios que vão ao encontro das necessidades de coordenação dos transportes ou correspondam ao reembolso de certas prestações inerentes à noção de serviço público”.

<sup>307</sup> JUSTEN, Monica Spezia. O serviço público na perspectiva do direito comunitário europeu. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jan. 2003. Sobre esse ponto, a autora também destaca “É possível cogitar de que a indiferença em relação aos serviços públicos tenha se fundado em alguma das seguintes hipóteses. A primeira seria que os signatários originais não tinham percebido a importância desses serviços para a integração econômica. A segunda seria eles imaginarem ser possível transferi-los em bloco para o setor privado, através de programas de privatização. A terceira seria que eles não pretendiam fechar questão nessa matéria”.

<sup>308</sup> GIL, José Luis Meilan. El servicio público en el contexto constitucional y comunitário. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n. 9, 2005, p. 536.

empresas públicas, inclusive as prestadoras de serviços públicos, diante da apontada crise financeira do Estado Social.<sup>309</sup>

À fase de desconsideração da importância dos serviços econômicos de interesse geral, em virtude do forte contexto econômico neoliberal, e até mesmo de crítica a esses serviços, seguiu-se uma reação inicialmente política e social e uma fase, na expressão de VITAL MOREIRA, de contemporização e de compromisso, decorrentes, por um lado, da defesa da noção de serviço público por alguns países e, por outro, do arrefecimento do entusiasmo neoliberal no período.<sup>310</sup>

Essa reação culminou em respostas institucionais, a partir de decisões adotadas pelo TJCE, nas quais decidiu-se que as regras de concorrência podem ser afastadas nas hipóteses em que o serviço se caracterizar como de interesse econômico geral. Posteriormente, o Tratado de Amsterdã, em modificação ao artigo 16, seguiu a orientação da comunicação apresentada pela Comissão acerca dos serviços econômicos de interesse geral na Europa, realizada em 26 de setembro de 1996. O documento apontava que o modelo de economia de mercado aberto, no qual a União Europeia se insere, também está baseado na solidariedade e na igualdade de tratamento, objetivos fundamentais para a comunidade. Nesse sentido, a comunicação afirma que os serviços econômicos de interesse geral contribuem para que tais objetivos sejam alcançados.<sup>311</sup>

O artigo 16 representou, portanto, a consagração definitiva dos serviços de interesse econômico geral.<sup>312</sup> Nesse contexto, aponta VITAL MOREIRA, emergiu a

<sup>309</sup> MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, agosto/setembro/outubro 2009, p. 9.

<sup>310</sup> Idem, ibidem, p. 10. MÓNICA JUSTEN assim sintetiza o contexto ocorrido na França: “Por ocasião da criação da associação francesa Réseaux 2010 de serviços públicos, em 1991, teve início uma contra-ofensiva francesa à liberalização. Nas instâncias européias, o grupo foi responsável, em conjunto com a Comissão, pelos estudos que deram origem à primeira Comunicação sobre os serviços de interesse econômico geral, de 26 de setembro de 1996. Desse ponto em diante, o tema passou a receber cada vez maior dedicação tanto da Comunidade, quanto da doutrina que se ocupava do direito comunitário. Na França, o enfoque liberalizante da Comunidade produziu uma verdadeira mobilização popular nacional, visando a assegurar a defesa e a continuidade de regimes jurídicos configurados à idéia de serviço público. Aludia-se a ‘serviço público à francesa’ para indicar esse modelo”. JUSTEN, Monica Spezia. O serviço público na perspectiva do direito comunitário europeu. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jan. 2003, s.p.

<sup>311</sup> REBOLLO, Luis Martín. Sobre el nuevo concepto de servicio público en europa y sus posibles implicaciones futuras. In: SALGADO, David Cinfuegos; LOZANO, Luis Gerardo (coord.). **Actualidad de los servicios públicos em Iberoamérica**. México D. F: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 371. Cfr. também Comunicação da Comissão sobre “Os serviços de interesse geral na Europa”, [Jornal Oficial C 281 de 26.09.1996].

<sup>312</sup> Redação do artigo 16: Sem prejuízo do disposto nos artigos 73, 86 e 87, e atendendo à posição que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e os seus Estados-Membros, dentro



instituição de “obrigações de serviço universal” e “obrigações de serviço público”.<sup>313</sup> No final desse processo, aponta o autor, algumas conclusões ficaram assentadas.

A primeira delas consiste no reconhecimento de que o poder público pode e deve tomar como seu o dever de assegurar que determinadas prestações essenciais à comunidade sejam proporcionadas a todos, ainda que isso signifique o afastamento em maior ou menor intensidade das regras de mercado, na medida do que for necessário para esse objetivo. Para esse propósito, o Estado não necessita prestar direta ou indiretamente esse serviço ao público. Deve, porém, acompanhar o desempenho das empresas privadas, verificando a adequada prestação das “obrigações de serviço público”.

Além disso, os modos de prestação de serviços públicos passam a variar conforme as especificidades de cada setor. Inobstante, institucionalizaram a restrição ao princípio da concorrência e ao mercado, limitando-se ao necessário para assegurar as missões de serviço público. Por fim, as atividades de definição, limitação e controle dos serviços públicos ficam a cargo dos Estados-membros, submetidas ao controle da União, quando houver limitações desnecessárias ou desproporcionais ao mercado e à concorrência.<sup>314</sup>

VITAL MOREIRA descreve o resultado dessas informações como a “mercadorização” dos serviços públicos. Nesse novo paradigma, os usuários dos serviços públicos são concebidos como consumidores ou clientes com liberdade de escolha de fornecedor ou prestador. Como fruto desse movimento, onde havia uma prestação de natureza administrativa passou a existir uma atividade transacionada no mercado.<sup>315</sup>

Diferentemente do que se vaticinou sobre a “morte” do conceito de serviço público ou, no mínimo, do seu desuso, observa-se no contexto europeu que essa noção voltou a florescer. Como destaca LUCIANO PAREJO ALFONSO, o serviço público “está agora em boa saúde e experimenta – em consonância com a transformação do Estado

---

do limite das respectivas competências e dentro no âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.

<sup>313</sup> Cfr. FAUSTO DE QUADROS, Serviço Público e Direito Comunitário. In: **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 643-644.

<sup>314</sup> MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, agosto/setembro/outubro 2009, p. 11.

<sup>315</sup> MOREIRA, Vital. **Op. cit.**, p. 13 Para TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, “As obrigações do serviço público (aspecto funcional ou material) passaram assim a ocupar o lugar do serviço público no sentido orgânico-subjetivo que nos era familiar, que agora ou foi feito desaparecer de forma pura e simples em alguns casos (eletricidade e gás) ou se limitou a casos excepcionais”. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy. **Revista de Administración Pública**, n. 150, septiembre/diciembre 1999, p. 72.

típica de nossos tempos – um verdadeiro esclarecimento e, portanto, uma retomada da sua importância para a efetividade da ordem constitucional desde o ponto de vista do cidadão”.<sup>316</sup>

Da análise do contexto europeu, ganha relevância para a presente investigação a circunstância de que a experiência comunitária busca a conciliação entre sistemas bastante diferentes. Tal contexto encontra paralelo com o vivenciado no Brasil, onde tradições diferentes compuseram a formação da noção brasileira de serviço público. Além disso, tal como no direito brasileiro, já não é mais correto defender no direito comunitário a superação do conceito de serviços públicos diante da dinâmica advinda dos serviços de interesse econômico geral e de movimentos mais recentes que retomam a operatividade do conceito.<sup>317</sup>

A sequência de privatizações implementadas na década de 1990 no Brasil pode ser compreendida como um sinal da influência das transformações vivenciadas pelo direito comunitário. Outro sinal dessa influência pode ser observado nas mudanças de política regulatória, que buscou introduzir a lógica de competição na oferta de serviços públicos no Brasil, mediante a valorização da concorrência como mecanismo regulatório da qualidade e dos preços dos serviços públicos.<sup>318</sup>

As peculiaridades do ordenamento brasileiro, porém, exigem a necessária temperança para avaliar o grau de influência da evolução do conceito no âmbito europeu no direito brasileiro. Tanto na Europa quanto no Brasil, essa noção jurídica, mesmo diante da diminuição do número de atividades efetivamente qualificadas como serviços públicos e da inserção da lógica de mercado na maioria das atividades que permanecem como tal, “continua sendo fundamental para qualquer projeto de emancipação social e desenvolvimento nacional”.<sup>319</sup>

Consciente da experiência de outros ordenamentos, a experiência brasileira deve colher e assimilar as lições que a observação comparada proporciona. Porém, diante da importância do conceito e das imbricações que o caracterizam em cada contexto, deve ser perseguida uma solução original e consonante com a Constituição de 1988.

---

<sup>316</sup> ALFONSO, Luciano Parejo. Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros. In: SALGADO, David Cinfuegos; LOZANO, Luis Gerardo (coord.). **Actualidad de los servicios públicos em Iberoamérica**. México D. F: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 496.

<sup>317</sup> CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 116/188.

<sup>318</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços públicos**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

<sup>319</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 203.

Em Portugal, também há intenso debate acerca da influência do direito comunitário e da permanência do conceito de serviços públicos. Anota MIGUEL ASSIS RAIMUNDO que, apesar de não ser regra no ordenamento português, é possível afirmar que “diversas actividades são ainda claramente estabelecidas por lei como implicando uma responsabilidade pública”.<sup>320</sup> Cita, como exemplo, os serviços de distribuição postal e de telecomunicações, ainda que a parcela do serviço que permanece na titularidade estatal como serviço público tenha sido diminuída, diante do crescimento da parte submetida à lógica concorrencial.

Segundo a observação de VITAL MOREIRA, é surpreendentemente exíguo o espaço na Constituição portuguesa dedicado aos serviços públicos. Ausente na versão original do texto constitucional, a referência ao tema foi inserida somente por ocasião da Revisão Constitucional de 1989, que dispôs acerca do serviço público de rádio e televisão. Para o autor, os serviços públicos são componente integrante da cláusula do Estado Social, compreendida no princípio da democracia econômica e social referida no artigo 2º da Constituição.<sup>321</sup>

Mesmo diante da privatização da gestão e/ou dos meios de prestação dos serviços públicos e da introdução da concorrência no direito português, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO ressalta ainda a relevância da noção de serviço público, utilizando-se da ideia de “funcionalização” da atividade como traço dessa natureza de serviço público.<sup>322</sup> Para o autor, não se pode ignorar os objetivos concretos estabelecidos pela Constituição portuguesa aos poderes públicos, corporificados nas tarefas fundamentais do Estado contidas no artigo 9º. No mesmo sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES aponta que a privatização material de tarefas não se estendeu a todos os serviços públicos,

---

<sup>320</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. **As empresas públicas nos tribunais administrativos**: contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 70-71.

<sup>321</sup> Aponta ainda VITAL MOREIRA que, na Constituição portuguesa, falta “nomeadamente algo como o Art. 175 da Constituição brasileira de 1988”. MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, agosto/setembro/outubro 2009, p. 17.

<sup>322</sup> Sobre o aspecto da funcionalização, assim analisa criticamente o autor: “Retiramos por isso da ideia de *função*, no seu sentido mais rico e nobre de *vinculação a um objectivo que não está na disponibilidade de quem prossegue a actividade tendente à sua obtenção*, a distinção essencial entre um serviço público ou serviço de interesse geral e um serviço prestado por um puro privado no âmbito da sua autonomia privada, ainda que dirigido a fins altruístas. Há naquele serviço, mesmo quando não pressuponha qualquer traço de autoridade, uma noção de dever, de *hétéro-conformação* (por oposição a *auto-conformação*) de uma actividade, que não está presente nas realidades que não se reconduzem à noção de serviço público e análogas”. RAIMUNDO, Miguel Assis. **Op. cit.**, grifos do autor, p. 78.

permanecendo alguns na esfera da titularidade do Estado, com o dever se assegurar a sua existência e o seu fornecimento, de forma suficiente e em todo território.<sup>323</sup>

Para MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, há um relativo consenso quanto “à irredutibilidade de um conjunto de atividades de satisfação coletiva de necessidades colectivas, que pelas suas características permanecem com uma forte ligação às estruturas jurídico-públicas primárias (*maxime* ao Estado)”. Segundo o autor, essa é uma das facetas mais positivas sob o ponto de vista da construção da cidadania europeia, notadamente quanto à possibilidade de contribuição na realização de tarefas de interesse público em domínios antes vedados às entidades privadas.<sup>324</sup>

Nesse sentido, em análise do contexto da reforma do sistema de saúde em Portugal, mas com reflexões aplicáveis ao fenómeno em questão, MARIA JOÃO ESTORNINHO aponta a participação cada vez mais diversificada de operadores sociais e privados na rede de prestação do serviço público de saúde. A autora ressalta a falência dos sistemas públicos de saúde e a defasagem do quadro dogmático da Administração Pública típica do Estado providência para identificar dois movimentos de sentido contrário que devem ser analisados. O primeiro movimento decorre dos fenómenos de privatização da Administração Pública, que não impedem em muitos casos que as entidades envolvidas pertençam ao universo público; o segundo, por sua vez, se origina da emergência de uma noção funcional de serviço público.

Tal concepção surge, para MARIA JOÃO ESTORNINHO, em grande parte por influência do direito europeu, “responsável pela publicização da atividade levada a cabo por determinadas entidades privadas”, em um quadro no qual destacam-se tradicionalmente dois modelos significativamente diferentes, o do *service public*, de inspiração francesa, e o da *public utility regulation*, de origem anglo-saxônica.

Segundo a autora, essas novas concepções pressupõem o abandono da concepção de serviço público à francesa em favor de uma concepção funcional de serviço público, passível de ser prestado, em concorrência, de forma indiferenciada, por entidades públicas, por entidades privadas ou ainda por entidades público-privadas. Em Portugal, como aponta a mesma autora, os esquemas de colaboração entre entidades públicas e privadas se diversificaram, tanto através da criação de entidades de capitais mistos,

---

<sup>323</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. v. 7, p. 97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual, p. 106 e ss.

<sup>324</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. **As empresas públicas nos tribunais administrativos**: contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 78-79.

quanto através de outras formas de parcerias público-privadas. Nessa nova realidade, o debate desloca-se do eixo de sua inserção no âmbito dos papéis estatais para, por outro lado, o reconhecimento do caráter de serviços públicos das atividades que são desenvolvidas por esses agentes.<sup>325</sup>

De acordo com os fundamentos apontados, o próprio ato de reconhecimento da atividade por parte dos operadores privados deixa de ser visto como uma concessão e passa a ser encarado como um ato declarativo. Na verdade, para a Autora, já não se trata de admitir tais operadores a fazer parte do mundo dos poderes públicos, mas pelo contrário, há o reconhecimento do caráter de serviço público das atividades por eles desenvolvidas.

Como consequência, propõe a autora no contexto do ordenamento português o reconhecimento de que, “mesmo as atividades de interesse público consideradas prioritárias, podem ser realizadas indistintamente por entidades públicas e privadas, em regime de concorrência, e através de imposição de obrigações de serviço público”, nesse caso, assumindo o Estado preferencialmente as tarefas de apoio, incentivo, regulação e fiscalização dessas atividades.<sup>326</sup>

Como se constata, portanto, também na Europa e em Portugal o debate sobre as transformações do conceito de serviços públicos se mantém, ainda que em um estágio ainda mais aprofundando do que no caso brasileiro.

### **3. A previsão de um estatuto para as empresas estatais: a alteração, por emenda constitucional, do artigo 173, §1º, da Constituição**

Em 04 de junho de 1998, a Emenda Constitucional n. 19 alterou a redação do parágrafo primeiro do artigo 173 e passou a remeter ao legislador ordinário o estabelecimento de um estatuto jurídico para as empresas estatais. A reforma

---

<sup>325</sup> ESTORNINHO, Maria João; MACIERINHA, Tiago. **Direito da Saúde. Lições**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, pp. 67-71. Ainda para a autora, no “contexto europeu e português de *despublicatio* (privatizações e abertura à concorrência), a marca tem sido a devolução ao mercado desses serviços. Por outro lado, assistiu-se a um defasamento entre a infraestrutura e a atividade de prestação do serviço em si mesmo, cabendo ao estado a manutenção das redes e liberalizando a prestação dos serviços”. Idem, ibidem, p. 69.

<sup>326</sup> ESTORNINHO, Maria João. **Organização Administrativa da Saúde - Relatório Sobre o Programa**, os Conteúdos e os Métodos de Ensino. Coimbra: Almedina, 2008, p. 69. Esses argumentos também são expostos e defendidos em ESTORNINHO, Maria João. Natureza jurídica da atividade desenvolvida pelos estabelecimentos particulares de ensino, à luz de uma conceção funcional de serviço público de educação. In: **Estudos em Homenagem ao Senhor Professor Doutor Sousa Franco**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

constitucional promovida por essa emenda foi implementada no bojo das discussões e da aplicação do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE).<sup>327</sup> Essa reforma foi implementada em um contexto de aprofundado movimento de privatização das empresas estatais e de uma progressiva adoção de mecanismos de delegação da prestação de serviços públicos a particulares mediante concessão e permissão.

O artigo 173 da Constituição da República de 1988, em sua redação original,<sup>328</sup> já regulava o regime jurídico dessas empresas. A norma dispunha sobre a aplicação do regime próprio das empresas privadas às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades exploradoras de atividade econômica. De fato, como visto nos tópicos anteriores, é uma previsão que não inovou na história constitucional brasileira, porquanto a Constituição de 1967 já determinava regime igualitário entre as empresas privadas e as empresas estatais.<sup>329</sup>

Como bem observou ALICE BORGES, o estabelecimento de diretriz para a elaboração de um estatuto das empresas estatais, como estabelecido pela EC n. 19/1998, poderia suscitar, no contexto do forte movimento de privatização da década de 1990, a apuração do que ainda restaria no panorama brasileiro de então para a atuação dessas empresas que justificasse a preocupação em editar o estatuto. Em uma avaliação preliminar, tais empresas pareciam estar fadadas ao desaparecimento, dada a guinada governamental para a privatização dos entes estatais.<sup>330</sup>

---

<sup>327</sup> O PDRAE foi um amplo programa de reforma da Administração Pública brasileira, que elegeu, como objetivos gerais, os seguintes: aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos, limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado para a iniciativa privada, transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local: só em casos de emergência cabe a ação direta da União, transferir parcialmente da União para os estados as ações de caráter regional, de forma a permitir uma maior parceria entre os estados e a União. BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Câmara da Reforma do Estado. Brasília: Mare, 1995, p. 44.

<sup>328</sup> Art. 173: Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

<sup>329</sup> Como já dispunham o artigo 168, §2º, da Emenda Constitucional n. 1/1969, e o artigo 161, §2º, da Constituição de 1967. Durante o processo constituinte, a previsão de um regime de igualdade constava já do primeiro texto e sofreu poucas modificações até resultar na redação que foi promulgada. LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. V. I. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013, p. 302.

<sup>330</sup> BORGES, Alice Gonzalez. O estatuto jurídico das empresas estatais na Emenda Constitucional nº 19/98. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 1-12, jul. 1999, p. 1.

No entanto, mesmo à luz do cenário prenunciado pelas reformas implementadas e por todo o contexto pelo qual passou a Administração Pública no período, a realidade evidenciou a permanência, que não poderia ser ignorada pelo poder constituinte derivado, de muitas sociedades de economia mista e de empresas públicas no país. Nesse sentido, o estatuto das empresas estatais viria a preencher uma relevante lacuna no ordenamento brasileiro, que dispunha apenas, conforme já desenvolvido nos tópicos anteriores, de esparsas disposições, nomeadamente as do Decreto-Lei n. 200/67, do Decreto-Lei n. 900/69, do Capítulo XIX da Lei de Sociedades por Ações e as disposições constitucionais.<sup>331</sup>

Até a edição da emenda constitucional citada, foram notáveis os esforços da doutrina para a elaboração de uma disciplina das entidades estatais criadas sob regime de direito privado (cf. tópico 1.3 – Capítulo II), mesmo à míngua de uma previsão constitucional que indicasse a edição de um estatuto jurídico para as empresas estatais. Especialmente no final da década de 1980 e início da década de 1990, esses entes passavam por um período de grande descrédito.

Na precisa síntese de ALICE BORGES, experimentado o apogeu das empresas estatais no país, seguiu-se forte reação em sentido contrário a elas a partir da década de 1980,<sup>332</sup> devido aos efeitos perversos subjacentes que foram identificados. Notadamente, identificou-se que (i) as empresas estatais, em vez de suplementar a iniciativa privada na exploração de atividade econômica, restavam por sufocá-la, atingindo fatalmente a livre iniciativa; (ii) a multiplicidade das empresas estatais não se conectava com as reais necessidades do setor de atuação, sendo pautada basicamente por interesses políticos escusos e patrimonialistas;<sup>333</sup> (iii) nas sociedades de economia mista, a efetiva participação de capitais privados era meramente simbólica, diante das restrições impostas

---

<sup>331</sup> BORGES, Alice Gonzalez. O estatuto jurídico das empresas estatais na Emenda Constitucional nº 19/98. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 1-12, jul. 1999, pp. 1-2.

<sup>332</sup> THOMAS TREBAT, por exemplo, analisou o desempenho econômico das grandes estatais brasileiras no período de 1965 a 1975, concluindo que “os principais resultados apontam de que o desempenho econômico geralmente satisfatório, no conjunto de empresas examinadas, pareceu depender mais das condições de mercado e de variáveis tecnológicas do que do mero fato de a propriedade ser pública”. TREBAT, Thomas J. Uma avaliação do desempenho econômico de grandes empresas estatais no Brasil: 1965-1975. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 813-849, dez. 1980, p. 813. O autor destaca que o rápido crescimento das estatais brasileiras não foi acompanhado de uma supervisão por órgãos de controle que equivalente e ressalta que o seu estudo tem recorte anterior à crise econômica vivenciada a partir de 1976.

<sup>333</sup> É inevitável, quanto a esse ponto, não fazer remissão à obra *Os Donos do Poder*, de RAYMUNDO FAORO, que realiza magistral estudo sobre o patrimonialismo no Brasil, questão presente e influente até a atualidade e que guarda estreita relação com a crítica tecida pela autora. FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. Formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 2001.

pela lei à capacidade de cogestão das minorias acionárias, que desestimularam completamente essa participação; por fim, (iv) havia praticamente ausência de controle estatal, uma vez que pendia apenas a supervisão ministerial das empresas estatais como mecanismo de fiscalização das atividades.<sup>334</sup>

A esses elementos, pode-se acrescentar também que as empresas estatais eram utilizadas como o caminho mais curto do recrutamento de administradores em detrimento da consolidação de uma burocracia profissional no país. Como aponta BRESSER-PEREIRA, a “estratégia oportunista do regime militar, que resolveu adotar a saída mais fácil da contratação de altos administradores através das empresas, inviabilizou a construção no país de uma burocracia civil forte”.

Com base nesses pontos e na redação originária que viria a ser consagrada pela nova Constituição, concluiu ALICE BORGES que a “Carta de 1988 perdeu uma excelente oportunidade de definir as coordenadas para o regime jurídico das sociedades de economia mista e empresas públicas”.<sup>335</sup> Essa lacuna teria sido parcialmente suprida, ao menos na visão da autora, com a edição da EC n. 19/98 e a previsão do estatuto das empresas estatais. À luz do que já foi debatido, pode-se constatar que a existência de um estatuto jurídico para as empresas estatais reveste-se de grande importância por representar o mais relevante avanço na regulamentação jurídico-institucional das empresas estatais desde a edição do Decreto-Lei n. 200/1967. Cumpre, portanto, conhecer o seu conteúdo e apontar as controvérsias pertinentes à presente investigação.

### **3.1. A edição da Lei n. 13.303/16 e a regulamentação do artigo 173, §1º, da Constituição**

O debate sobre a conveniência de um estatuto específico para regulação das empresas estatais está presente desde que elas surgiram e se tornaram uma realidade em diversos ordenamentos jurídicos nacionais. No Brasil, a importância da existência de um estatuto foi manifestada por muitos juristas.<sup>336</sup>

<sup>334</sup> BORGES, Alice Gonzalez. O estatuto jurídico das empresas estatais na Emenda Constitucional nº 19/98. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 1-12, jul. 1999, pp. 2-3.

<sup>335</sup> Idem, ibidem, p. 3.

<sup>336</sup> Em defesa do estatuto, cita-se, por exemplo, TÁCITO, Caio. Controle das empresas do estado (públicas e mistas). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 111, p. 1-9, out. 1973, p. 6; JAPPUR, José. Declínio das autarquias. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 127, p. 34-41, jan. 1977, p. 40; MUNIZ, Alvaro A. Caminha. **A empresa pública no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A., 1972, p. 92.



Com dezoito anos de atraso, finalmente em 2016 o legislador tornou realidade o estatuto jurídico das empresas estatais. O principal impulso para a edição do diploma que veio a ser popularmente conhecido como a “Lei das Estatais”, conforme apontado na imprensa e na doutrina, foi a forte pressão surgida a partir de uma série de casos de corrupção envolvendo os dirigentes dessas entidades.

O estatuto jurídico das empresas estatais, nesse sentido, ocupa posição singular em todo o contexto histórico-normativo. Dessa forma, cumpre apresentar os principais aspectos regulados pela Lei das Estatais que são pertinentes à presente investigação, assim como as suas lacunas e os debates a respeito da abrangência da nova legislação.

Inicialmente, é relevante realçar a anotação de MARÇAL JUSTEN FILHO de que a Lei das Estatais não disciplina, de forma imediata, a intervenção direta do Estado no domínio econômico e, do mesmo modo, não dispõe sobre os pressupostos da atuação nessa seara. As suas disposições estão voltadas aos parâmetros de organização e de atuação das empresas estatais,<sup>337</sup> divididas em disposições gerais, regime societário,<sup>338</sup> função social,<sup>339</sup> licitações e contratos<sup>340</sup> e controle social e do Estado.<sup>341</sup>

Já no artigo 1º, a lei institui conceito inovador no ordenamento brasileiro, estabelecendo que suas disposições abrangem as empresas estatais que explorem “atividade econômica”, ainda que tal atividade esteja sujeita a um regime de monopólio da União ou então “seja de prestação de serviços públicos”.

Consagrou, portanto, a perspectiva de que os serviços públicos são uma espécie de atividade econômica, diluindo ainda mais os fundamentos sobre os quais se baseiam as defesas por uma divisão quase estanque no regime jurídico entre as estatais que prestam serviços públicos e aquelas que exploram atividades econômicas.

No artigo 2º,<sup>342</sup> a lei dispõe sobre a delimitação do âmbito subjetivo para a exploração de atividades econômicas pelo Estado e sobre a motivação para a criação dos entes incumbidos dessa função. Para MARÇAL JUSTEN FILHO, esse artigo contém uma dupla dimensão normativa.

---

<sup>337</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária em empresas privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 39.

<sup>338</sup> Artigos 5º a 26.

<sup>339</sup> Artigo 27.

<sup>340</sup> Artigos 28 a 84.

<sup>341</sup> Artigos 85 a 90.

<sup>342</sup> Art. 2º - A exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

A dimensão positiva, consiste na compreensão de que a exploração de atividades econômicas pelo Estado deverá ser realizada por empresas estatais, constituídas na forma de pessoa jurídica de direito privado e organizadas sob a forma de empresa.<sup>343</sup> A dimensão negativa, por sua vez, estabelece uma vedação implícita, ao impedir que o Estado desempenhe essas atividades por meio de pessoas jurídicas de direito público (Administração Pública direta ou entidades autárquicas ) ou por pessoas privadas de natureza não empresarial, tanto sob forma não societária, quanto sob forma societária não empresarial.

Além disso, o parágrafo primeiro do mesmo artigo 2º exige que a constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista seja precedida de lei que indique, de forma clara, o relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional a justificar sua criação, nos termos do *caput* do artigo 173 da Constituição.

Embora seja uma exigência constante já na redação originária da Constituição de 1988, o longo histórico de empresas estatais no Brasil, conforme explicitado, evidencia que a criação desses entes não obedeceu a um princípio regedor ou a uma diretriz definida pelo Estado. Essa prática permaneceu mesmo após a promulgação da Constituição de 1988. A Lei das Estatais torna explícita a exigência e indica a vontade definitiva do legislador de que haja maior clareza e transparência na adequação dos motivos de criação de empresas estatais com a norma constitucional, concretizando os artigos 37, XIX, e 173, *caput*, da Constituição.<sup>344</sup>

A fim de contribuir para o balizamento do que deve ser entendido como “relevante interesse coletivo”, a lei, no artigo 27, dispõe que o seu conteúdo deverá ser orientado para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista. Nesse sentido, deverá ter como escopo a ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços e o desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços sempre de maneira economicamente justificada.<sup>345</sup>

---

<sup>343</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária em empresas privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 40.

<sup>344</sup> Idem, ibidem, pp. 45-47. Naturalmente, haverá as hipóteses já ressalvadas pelo texto constitucional (artigo 173, *caput*, primeira parte), como ocorrerá para os serviços públicos referidos na norma constitucional. Nesses casos, entende-se que a exigência em questão fica mitigada.

<sup>345</sup> Há poucos estudos dedicados à compreensão dessa expressão. Sobre o tema, cfr. BONFIM, Natália Bertolo. **O interesse público nas sociedades de economia mista**. 2012. 124 f. Dissertação (Mestrado em

No artigo 3º, a lei atualiza os conceitos de empresa pública e de sociedade de economia mista, excluindo em ambos a expressão “atividade econômica”, afastando os argumentos daqueles que defendiam, ainda que equivocadamente, a inexistência de autorização legal para que tais empresas também prestassem serviços públicos.<sup>346</sup>

Para a empresa pública, a lei passa a admitir que a composição do seu capital, ainda totalmente público, possa contemplar, além da participação de vários entes federativos, também outras pessoas jurídicas de direito público interno e suas respectivas entidades da Administração indireta – nesse caso, ainda que sejam pessoas jurídicas constituídas sob a forma jurídico-privada.

No caso da sociedade de economia mista, destaca-se a admissão de que a maioria do capital votante seja detida por entidade da Administração indireta, o que não ocorria no regime anterior.

O artigo 8º, §2º, por sua vez, estabelece que quaisquer “obrigações e responsabilidades que a empresa pública e a sociedade de economia mista que explorem atividade econômica assumam em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado em que atuam” deverão estar claramente previstas em lei ou regulamento, “bem como previstas em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-las, observada a ampla publicidade desses instrumentos”.

---

Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. ANA FRAZÃO destaca o cuidado pretendido pela norma quanto à utilização de receitas e à adoção de determinadas políticas de gestão pelas estatais, que deverão estar justificadas diante do objeto social e do interesse social da companhia. Contudo, na observação da autora, “Por mais irônico que seja, a nova Lei das Estatais torna a persecução do interesse coletivo ou do interesse público geral mais difícil para as estatais do que para as companhias privadas em geral, pois enquanto estas possuem considerável autonomia para fazê-lo, desde que atendido o requisito da razoabilidade (art. 154, §4º, da Lei das S/A), as estatais passam a estar submetidas às regras específicas do artigo 27 da Lei nº 13.303/2016”. FRAZÃO, Ana. **A função social das estatais**. Texto publicado em 19 de abril no portal Jota. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-funcao-social-das-empresas-estatais-19042017>. Acesso em 11 mar. 2019.

<sup>346</sup> Sobre o posicionamento das empresas estatais na organização administrativa brasileira, MÁRCIO ARANHA destaca que “continua regido, na esfera federal, pelo Decreto-Lei n. 200/67, incluindo-as na Administração indireta, mantido o formato tradicional de vinculação ministerial, disposição orçamentária e hipóteses de dissolução e incorporação, evidenciando-se que o Estado Jurídico das Empresas Estatais não alterou relações administrativas externas à gestão societária da empresa”. ARANHA, Márcio Iório. O objeto do estatuto jurídico das estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 59. A Lei n. 13.303/2016 poderia ter positivado a expressão “empresas estatais” e, também, poderia ter avançado na concepção de que a titularidade esteja associada a um controle estatal estável, em vez do critério formal de maioria do capital. Para conferir como o tema foi tratado no âmbito de proposição legislativa que almejava reestruturar a organização administrativa brasileira, v. SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei de normas gerais para a organização administrativa brasileira: o regime jurídico comum das entidades estatais de direito privado e as empresas estatais. In: MODESTO, Paulo (coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 66.

Em outras palavras, a norma legal considera a circunstância de que pode haver diferenças de regimes entre as empresas estatais, mas exige transparência no apontamento dos elementos de discriminação em relação às demais empresas privadas. Além disso, denota a opção pela tendencial igualdade na sujeição ao regime jurídico de direito privado, com as derrogações previstas na própria Lei das Estatais. Esse ponto guarda estreita conexão com as reflexões do Capítulo 3.

O tema das licitações e dos contratos recebeu a maior parte das disposições legais, correspondendo a cinquenta e seis artigos do total de noventa e sete que compõem a Lei n. 13.303/16. Até então, o regime licitatório e contratual das empresas estatais era regulado de forma esparsa e com aplicabilidade a empresas específicas,<sup>347</sup> em um cenário no qual se configurava um evidente hiato entre a legislação existente<sup>348</sup> – Lei n. 8.666/1993<sup>349</sup> – e os elementos definidores das empresas estatais, que exigem mecanismos diferenciados de licitação e contratação.<sup>350</sup>

Em função dessa legislação, instalou-se o debate a respeito da compatibilidade entre o exercício eficiente das atividades das empresas estatais e a submissão a esse regime licitatório tradicional, de caráter formalista e burocrático. As preocupações relacionadas a essa incompatibilidade, como narram DAWISON BARCELOS e RONNY TORRES, fundamentaram as alterações advindas pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, que alterou o artigo 173 da Constituição. Na nova redação, como já destacado, passou-se a admitir que a lei específica de regulamentação do estatuto das empresas

---

<sup>347</sup> Para GUSTAVO BINEMBOJM, embora a lei não represente grande novidade em relação às regras já existentes de licitações e contratos no Brasil, aponta que “a consolidação de boas práticas e a previsão de novos costumes poderão resultar em externalidades positivas às empresas públicas e sociedades de economia mista no Brasil”. BINEMBOJM, Gustavo. Disposições de caráter geral sobre licitações e contratos na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016). In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 231.

<sup>348</sup> Embora o Tribunal de Contas da União tenha flexibilizado essa aplicação, como no Acórdão n. 121/1998. Rel. Min. Iram Saraiva, j. 26.8.1998.

<sup>349</sup> A Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição de 1988, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. A submissão a um procedimento licitatório na Administração decorre da sujeição ao regime jurídico-administrativo e é expressão dos princípios da legalidade e da impessoalidade.

<sup>350</sup> Como destaca GUSTAVO BINEMBOJM, “a verdade é que a aplicação da Lei n. 8.666/1993 às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas sempre se revelou problemática na prática, seja pela excessiva lentidão e onerosidade de seus ritos, como pela baixa economicidade de seus resultados. Inseridas, muitas vezes, em ambientes de livre concorrência, a Lei de Licitações sempre representou um ingrediente importante de baixa competitividade das estatais brasileiras *vis-à-vis* empresas privadas libertas dos mesmos entraves burocráticos. Tudo a contribuir, injustamente, para o discurso e a prática do sucateamento das empresas controladas pelo Poder Público”. BINEMBOJM, Gustavo. Disposições de caráter geral sobre licitações e contratos na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016). In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 207.

estatais pudesse dispor, também, sobre “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.<sup>351</sup>

Com o mesmo propósito, a citada emenda alterou também o artigo 22, XXVII, da Constituição, para a possibilidade de um regime diferenciado da Administração direta e das autarquias para as empresas estatais.

O atraso na edição da lei, contudo, gerou enorme debate doutrinário e jurisprudencial em torno das disposições licitatórias e contratuais que deveriam ser aplicadas às empresas estatais, notadamente aquelas que exploravam atividades econômicas. Em diversos casos, houve flexibilização do regime tradicional tanto no controle de contas, quanto no controle judicial.

O Tribunal de Contas da União, nesse sentido, massificou o entendimento de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista que explorassem atividade econômica não necessitariam atender estritamente ao procedimento licitatório, desde que para contratações relativas à sua atividade-fim. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, admitiu a adoção de regime diferenciado, nesse caso, independentemente da configuração de atividade-fim ou atividade-meio, desde que a atividade econômica fosse exercida em ambiente de livre competição com as empresas privadas.<sup>352</sup>

GUSTAVO BINEMBOJM aponta a relativa timidez dessas disposições da Lei das Estatais, notadamente por simplesmente reproduzir partes de disposições já existentes em outras normas e não representar uma ruptura em relação às regras aplicáveis, ainda que parcialmente, a entidades submetidas ao regime de direito público. Por outro lado, destaca que a edição do texto legislativo é digna de reconhecimento. Quanto a esse ponto, a grande relevância da lei não consiste somente na circunstância de, finalmente, ter concretizado a exigência do artigo 173, §1º, da Constituição. A sua importância está associada, também, ao fim das controvérsias existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a extensão e o alcance das regras de licitação e contratos no âmbito das empresas estatais.<sup>353</sup>

Esses são os aspectos da Lei n. 13.303/2016 que guardam pertinência com a presente investigação, a fim de subsidiar a avaliação subsequente.

---

<sup>351</sup> BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes. **Licitações e contratos nas empresas estatais**: regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. Salvador: Editora JusPodvm, 2018, p. 34.

<sup>352</sup> Idem, ibidem, pp. 35-37.

<sup>353</sup> BINEMBOJM, Gustavo. Disposições de caráter geral sobre licitações e contratos na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016). In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 208.

### 3.1.1. A Lei n. 13.303: o avanço legal mais significativo desde a edição do Decreto-Lei n. 200/1967 e as lacunas da lei

Apesar do imenso atraso na promulgação, a Lei das Estatais é diploma legislativo de notável importância e avanço no direito administrativo brasileiro.<sup>354</sup> Os seus dispositivos vão além dos reclamos históricos intensificados a partir da promulgação da EC n. 19/1998 e introduzem elementos que objetivam aprimorar o regime jurídico desses entes.

A edição da Lei n. 13.303/2016 tornou superado o debate há muito estabelecido na doutrina quanto à adequação e à necessidade de um estatuto específico para regular a criação e a atuação das empresas estatais. Anteriormente à edição do estatuto, o marco regulatório aplicável às empresas estatais era caótico, marcado por conflitos mesmo nos princípios essenciais que norteiam a sua criação, ante a ausência de um regime legal que assegurasse uma uniformidade de tratamento ou, ao menos, uma coerência de princípios aplicáveis às instituições.<sup>355</sup> Para JOSÉ CRETELLA JR, a ausência de um estatuto que definisse os múltiplos aspectos dessas entidades conduziu “à imprecisão de delineamentos, suscitando muitas dúvidas que desorientam a doutrina e se refletem, na prática, de maneira danosa”.<sup>356</sup>

Quanto ao tema, deve ser louvado o Decreto-Lei n. 200/1967, que materializou o primeiro referencial normativo para as empresas estatais brasileiras e cujas disposições formaram a base da compreensão doutrinária e jurisprudencial desde então. Porém, além de ser impreciso em suas disposições, as carências técnicas e as contradições do texto impuseram grandes debates e reflexões ao longo do tempo, de modo que a disciplina das empresas estatais já há muito exigia uma adequação e uma leitura atualizada aos novos tempos.

Tal avaliação não implica em eleger a Lei das Estatais como diploma legislativo completo e exauriente das necessidades derivadas da temática. Contudo,

---

<sup>354</sup> FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e JULIANA BONACORSI DE PALMA referem-se ao diploma legal como “marco para o direito administrativo”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Licitação nas empresas estatais – os desafios do novo regime das licitações na lei das empresas estatais (Lei nº 13.303/2016). In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 245.

<sup>355</sup> GALVÃO, Vera. Realidade jurídica atual da empresa pública brasileira. **R. Inf. legisl.** Brasília, a. 19, n. 74, abr./jun. 1982, pp. 257-260.

<sup>356</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Regime jurídico das empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 106, p. 62-80, out. 1971, p. 77.

importa reconhecer a relevância de agora haver uma legislação que proporciona às empresas estatais um referencial normativo mais sólido e abrangente, capaz de guiar os inúmeros desafios que a matéria apresenta.<sup>357</sup>

Quanto às lacunas da lei, vale resgatar as reflexões de ÁLVARO CAMINHA MUNIZ em obra publicada ainda em 1972. O autor já identificava, à época, uma “inclinação visível para conceder à empresa pública regalias e privilégios que só devem ser outorgados às pessoas jurídicas de direito público, fato que desfigura a entidade”.<sup>358</sup> Para o autor, entre outras, essa circunstância justificaria a edição de uma lei orgânica das empresas estatais, que na sua visão deveria conter apenas as linhas mestras dessas entidades, colhidas como produto da observação das experiências até então vivenciadas.<sup>359</sup>

De fato, questões como essas faziam nutrir grande expectativa pela edição do estatuto das empresas estatais, notadamente no atendimento total da literalidade do artigo 173, §1º, inciso II, que estabeleceu a missão da lei de dispor sobre “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

A Lei das Estatais, contudo, não regulou expressamente esses temas, embora seja possível inferir de suas disposições a opção pela sujeição ao regime jurídico das empresas privadas com as derrogações contidas na própria lei, como adiante será melhor elucidado. Assim, várias questões restaram incólumes ao seu regime. Embora o rol apresentado por MÁRCIO IÓRIO ARANHA não seja exaustivo quanto às omissões que poderiam ter sido sanadas, o autor destaca as ausências de disposições sobre a equiparação das empresas públicas ao regime processual aplicável à Fazenda Pública; a aplicação do processo administrativo no âmbito da empresa estatal; a penhorabilidade dos bens das estatais; as relações de emprego, especialmente da admissão e dispensa; o regime tributário aplicável; as limitações administrativas relacionadas à acumulação de emprego

---

<sup>357</sup> Importante consignar que a Lei das Estatais dispôs inclusive sobre a proibição de que ocupantes de cargos públicos e seus parentes sejam designados para cargos nas empresas estatais (artigo 17). Tal medida ataca uma prática infelizmente muito consolidada no país. A aprovação da medida quase não se concretizou e, ainda hoje, é objeto de tentativas parlamentares de revogação, a fim de que a objeto prática seja novamente viabilizada. Vide PLS 52/2013.

<sup>358</sup> MUNIZ, Alvaro A. Caminha. **A empresa pública no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A., 1972, p. 92.

<sup>359</sup> Idem, *ibidem*, pp. 93-94.

e funções e, por fim, à consideração da natureza dos atos das estatais como atos de autoridade para fins de impetração de mandado de segurança.<sup>360</sup>

Tais questões, ausentes na Lei das Estatais, estão também entre as mais controversas no debate sobre a definição do regime jurídico aplicável a essas entidades. A doutrina e a jurisprudência têm travado intensos debates sobre tais questões, com o fito de esclarecer o regime jurídico incidente às empresas estatais.

Além disso, também segundo MÁRCIO IÓRIO ARANHA, a lei sequer tangenciou a temática dos regimes jurídicos das empresas públicas especiais e das empresas públicas sociais, bem como a da utilização da arbitragem pelas empresas estatais, notadamente quanto aos aspectos da arbitrabilidade objetiva, da excepcional aplicação do sigilo, da relativização das prerrogativas administrativas, entre outros.

Assim, na visão desse autor, a edição da lei apresenta um paradoxo. Por um lado, consubstanciou grande inovação no direito administrativo brasileiro, trazendo um referencial para o regime jurídico das empresas estatais e o seu campo de atuação. Por outro, as lacunas da lei, notadamente no atendimento às previsões do artigo 173, §1º, inciso II, teriam produzido o efeito reverso de ampliar a complexidade dos regimes aplicáveis às empresas estatais.<sup>361</sup>

De toda sorte, os avanços proporcionados pela lei indicam o prestígio à perspectiva de que, tal qual propugnado por ÁLVARO CAMINHA, à luz da ordem constitucional, a empresa estatal não é um fim em si mesma. É, antes, um instrumento de que se vale o Estado para atingir o bem comum, em prol de todos os cidadãos, e que somente através de uma reformulação estrutural poderá assumir na maior plenitude possível a sua função social.<sup>362</sup>

#### **4. O problema da regulamentação em uma mesma lei do regime jurídico das empresas estatais que prestam serviços públicos e exploram atividades econômicas**

---

<sup>360</sup> ARANHA, Márcio Iório. O objeto do estatuto jurídico das estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 49.

<sup>361</sup> Idem, *ibidem*, p. 63.

<sup>362</sup> MUNIZ, Alvaro A. Caminha. **A empresa pública no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A., 1972, pp. 95-97.



Uma das questões mais controversas, e que representa uma das mais importantes mudanças implementadas pela lei, diz respeito à sua abrangência.

Nos termos do artigo 1º, a Lei das Estatais dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias,<sup>363</sup> e abrange toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, *ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos*.

Até o presente momento, tramitam quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra a Lei n. 13.303/2016, por sua suposta violação aos ditames do artigo 173 da Constituição de 1988, ainda pendentes de julgamento. São diversos os questionamentos, que partem desde a arguição da inconstitucionalidade *in totum* da lei e/ou se limitam a afastar determinados dispositivos da norma.

A seguir, serão apresentadas algumas das interpretações possíveis do artigo 173, §1º, a fim de, subsequentemente, expor os argumentos utilizados em defesa da inconstitucionalidade da lei quanto à sua abrangência. Com base nessas questões, e à luz da análise da estrutura normativa do artigo 173 e do artigo 175, serão realizados os apontamentos do Capítulo III, com a posição adotada na presente investigação e os eixos sugeridos para a interpretação do tema.

#### **4.1. As possibilidades de interpretação da expressão “atividade econômica” contida no artigo 173, §1º**

O debate instalado pelas ações diretas de inconstitucionalidade colocou em evidência um debate também existente na doutrina a respeito da abrangência do artigo 173, §1º, da Constituição, notadamente sobre a interpretação da expressão “atividade econômica”.

Em questão, está a redação que a EC n. 19/1998 conferiu ao artigo 173, §1º, e ao artigo 22, XXVII, da Constituição. A controvérsia pode ser exposta nos seguintes termos. A redação originária do artigo 173 estabelecia que a empresa pública, a sociedade

---

<sup>363</sup> As empresas estatais subsidiárias são aquelas controladas por outra companhia, constituindo-se como pessoa jurídica distinta, com mesma sede constitucional que as empresas estatais controladoras – artigo 37, inciso XX, da Constituição da República.

de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica “sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”. Nos termos dessa redação originária, a referência adotada é a de “entidades que exploram atividade econômica”. Por sua vez, o artigo 22, inciso XXVII, que trata das competências legislativas privativas da União, na sua redação originária, estabelecia a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, “para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle”. Não se previa distinção entre as administrações diretas, autárquicas, fundacionais e as empresas estatais quanto à aplicação das normas gerais de licitação e contratação. O dispositivo atribuía competência indistinta para legislar relativamente a todos os entes.

Com a promulgação da EC n. 19/1998, o artigo 173, §1º, passou a contar com uma nova redação. Passou a dispor que a “lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”.

Em cotejo com a redação anterior, observa-se a remissão a um estatuto jurídico das empresas estatais, mediante a edição de lei, bem como o acréscimo dos qualificativos “de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços” à expressão “atividade econômica”. Além disso, o inciso III do artigo passou a indicar de que o futuro estatuto deveria tratar de “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

Também objeto da EC n. 19/1998, o artigo 22, inciso XXVII, passou a estabelecer uma diferenciação. Estatuiu que é competência privativa da União legislar sobre normas gerais “de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI”. Ao mesmo tempo, instituiu a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos “para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III”. Além de estabelecer essa diferenciação, não distinguiu sobre a natureza das atividades das empresas estatais, embora faça remissão à redação conferida pela EC n. 19/1998 ao artigo 173, §1º, e inciso III.

Diante desse cenário, a doutrina passou a manifestar basicamente duas posições sobre o tema, debatidas a seguir.<sup>364</sup>

#### 4.1.2. As interpretações mais comuns sobre o alcance do artigo 173, §1º, da Constituição

A primeira interpretação que é adotada, e também a mais disseminada na doutrina, é a de que o artigo 173, §1º, diz respeito apenas às empresas estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito. É o que defendem, por exemplo, EROS GRAU,<sup>365</sup> CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,<sup>366</sup> MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO<sup>367</sup> e MARÇAL JUSTEN FILHO.

O último autor, anteriormente à edição da Lei das Estatais, por exemplo, afirmou que a “diferença entre atividade econômica (art. 173) e serviço público (art. 175) somente se justifica porque a Constituição previu que a primeira estaria sujeita ao regime próprio da iniciativa privada”. E, nesse sentido, defendeu que a distinção entre as entidades subordinadas a esses dispositivos conduziria a uma decorrência inafastável, qual seja, a de que “as entidades do art. 175 (prestadoras de serviço público) subordinam-se ao regime jurídico da Administração direta, ressalvadas apenas as situações estritamente derivadas da sua estruturação como pessoas de direito privado”.<sup>368</sup>

<sup>364</sup> Essa diferenciação também é debatida por RENATA DE ABREU MARTINS. MARTINS, Renata de Abreu. **Regime licitatório constitucional das empresas estatais: análise de constitucionalidade do tratamento homogêneo estabelecido pela Lei Federal n. 13.303/2016**. 2018. 140 f. Dissertação (Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. pp. 74-79.

<sup>365</sup> Quanto à posição desse autor, vale transcrever a passagem seguinte: “Por certo que, no art. 173 e seu §1º, a expressão conota atividade econômica em sentido estrito. O art. 173, *caput*, enuncia as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de atividade econômica. Trata-se, aqui, de atuação do Estado – isto é, da União, do Estado-membro e do Município – como agente econômico, em área da titularidade do setor privado. Insista-se em que atividade econômica em sentido amplo é território dividido em dois campos: o do serviço público e o da atividade econômica em sentido estrito. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros e dos Municípios neste segundo campo”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 103.

<sup>366</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 208.

<sup>367</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 549-552.

<sup>368</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 18. Nas últimas edições dessa obra, porém, o autor passou a reconhecer o seguinte: “Essa diferenciação, que foi incorporada pela generalidade da doutrina, enfrenta dificuldades no presente, especialmente pela acumulação de atividades de distinta natureza por uma única e mesma empresa estatal. (...) Por outro lado, existe entendimento no sentido de que a distinção entre serviço público e atividade econômica é problemática e tende a ser superada. A ponderação não é destituída de procedência, eis que muitas atividades econômicas são altamente reguladas e desempenhadas em condições similares às do serviço público. Por outro lado, muitas atividades de serviço público são desempenhadas em regime de competição. Isso não autoriza, o entanto, ignorar que a Constituição diferenciou as duas figuras e lhes

Conforme o entendimento dos autores citados, a previsão de um estatuto jurídico das empresas estatais, conforme previsto no artigo 173, §1º, apenas diria respeito às empresas estatais que exploram atividade econômica, visto que as prestadoras de serviços públicos teriam o seu regime disciplinado pela norma do artigo 175.

Segundo esses fundamentos, porém, persiste o problema posto pelo artigo 22, XVII, conforme a redação dada pela EC n. 19/1998.

Se a administração direta, autárquica e fundacional terá seu regime licitatório disposto nos termos do artigo 37, XXI,<sup>369</sup> e se as empresas estatais terão o seu regime licitatório regulado nos termos do artigo 173, §1º<sup>370</sup> – o qual se refere apenas às empresas estatais que exploram atividade econômica – então qual é o regime licitatório das empresas estatais que prestam serviços públicos, uma vez que não se encaixam em nenhuma das hipóteses da norma?

A segunda interpretação adotada para o artigo 173, §1º, na esteira das lições de ALICE BORGES, pressupõe que a redação conferida a esse artigo pela EC n. 19/1998 não prima pela correção e clareza na linguagem, nem pelo rigor técnico. Tal aspecto é especialmente revelado pelas disposições normativas, oriundas desde a redação original, que não têm estreita ligação com as disposições do *caput*, como aquelas dos parágrafos 4º e 5º.<sup>371</sup>

Nesse sentido, a autora invoca as lições de CARLOS MAXIMILIANO de que “deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo”<sup>372</sup> e de que, se a interpretação pelos processos tradicionais conduzir a uma injustiça flagrante, a uma contradição consigo mesmo ou impossibilidades e absurdos, “deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido lógico e acorde com o sentir geral”, para defender a posição de que o estatuto a ser editado com base nesse dispositivo poderá regular todos os tipos de empresas estatais.<sup>373</sup>

---

reservou disciplina jurídica distinta”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 33-34.

<sup>369</sup> Isto é, segundo as regras mais rígidas da Lei n. 8.666/1993.

<sup>370</sup> Segundo, portanto, os termos da lei específica para as empresas estatais que regulará a “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

<sup>371</sup> BORGES, Alice Gonzalez. O estatuto jurídico das empresas estatais na Emenda Constitucional nº 19/98. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 1-12, jul. 1999, p. 6.

<sup>372</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 136.

<sup>373</sup> Idem, *ibidem*.

No mesmo sentido, sustenta MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO que os dispositivos analisados estabelecem que as normas gerais de licitação somente são obrigatórias para as entidades de direito público. Para o autor, “as licitações das empresas públicas, de economia mista e suas subsidiárias ficam sujeitas a um «estatuto jurídico próprio», devendo observar os princípios da Administração Pública”.<sup>374</sup>

SIMONE CARRASQUEIRA, em reforço a essa interpretação, invoca o princípio da unidade da Constituição para imprimir uma interpretação sistemática dos dispositivos em análise. Segundo a autora, ao se admitir que o artigo 173, §1º, se aplica exclusivamente às empresas estatais que exploram atividade econômica, possibilitando que um estatuto jurídico dispusesse sobre as regras para licitação e contratos somente para estas entidades, seria necessário admitir, por outro lado, que a União não tem competência para dispor sobre normas gerais de licitação e contratos com relação àquelas que prestam serviço público.<sup>375</sup>

Essa interpretação permite, em especial, a compatibilização da organização administrativa brasileira, notadamente no tocante à Administração Indireta, com as tendências das últimas décadas do direito administrativo. Em um contexto no qual devem ser redefinidas as tarefas a cargo da Administração Pública e o modo de exercê-las, notadamente no campo da gestão dos serviços públicos, essa interpretação confere a abertura e o amparo constitucional esperados, ao admitir a aplicação da lei a ambas as modalidades de empresas estatais.

Sobre esse ponto, vale ainda o destaque final de que tanto o artigo 173 quanto o artigo 22 foram alterados pela EC n. 19/1998 no contexto de um amplo programa de reforma do Estado, que declaradamente objetivou o alinhamento da Administração Pública brasileira às tendências observadas na experiência nacional e internacional.<sup>376</sup>

À luz das divergências relacionadas às disposições do artigo 173, §1º, juntamente com o quadro teórico predominante na doutrina brasileira, não representa

---

<sup>374</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Licitações e contratos administrativos**: Lei n. 8.666 de 21.06.93 comentada. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998, pp. 388-389.

<sup>375</sup> CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. Revisitando o Regime Jurídico das Empresas Estatais Prestadoras de Serviço Público. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (org). **Direito Administrativo Empresarial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 288.

<sup>376</sup> Como demonstrado no item 7.1 do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, exemplificado na passagem seguinte: “Para a operacionalização das mudanças pretendidas será necessário o aperfeiçoamento do sistema jurídico-legal, notadamente de ordem constitucional, de maneira a remover os constrangimentos existentes que impedem a adoção de uma administração ágil e com maior grau de autonomia, capaz de enfrentar os desafios do Estado moderno. Neste sentido, a reforma contempla a proposição de emendas constitucionais”. BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Câmara da Reforma do Estado. Brasília: Mare, 1995, p. 61.

surpresa as impugnações quanto à constitucionalidade da norma, cujos principais argumentos serão expostos a seguir.

#### **4.2. Os argumentos que fundamentam o pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei n. 13.303/2016**

Entre as quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade em tramitação, duas impugnam expressamente o artigo 1º da Lei das Estatais. São as ADI n. 5.624/DF e n. 5.924/MG, movidas, respectivamente, pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal, FENAEF, e Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro, CONTRAF/CUT, e pelo Governador do Estado de Minas Gerais.<sup>377</sup>

Em ambas as ações são deduzidos os mesmos argumentos pela inconstitucionalidade da abrangência conferida pelo artigo 1º ao estabelecer que o seu regime é aplicável às empresas estatais que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, “ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos”.<sup>378</sup>

Segundo os requerentes, há uma inadequação entre os termos da lei e o que dispõe o artigo 173, §1º, da Constituição. Conforme dispõe esse artigo, a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que “explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”. Argumentam, com base na redação citada, que a previsão de um estatuto jurídico para as empresas estatais não abrange o universo daquelas empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos. Afirmam, ainda, que o artigo 173, §1º, dispõe sobre atividades econômicas em sentido

---

<sup>377</sup> Conforme as lições de LUIS ROBERTO BARROSO, a ADI consubstancia verdadeira ação, no sentido de que os legitimados ativos provocam, direta e efetivamente, o exercício da jurisdição constitucional – embora não se cuide do típico direito de ação, consagrado na Constituição e nas leis processuais; na ADI, “não há pretensões individuais nem tutela de direitos subjetivos no controle de constitucionalidade por via principal. O processo tem natureza objetiva, e só sob o aspecto formal é possível referir-se à existência de partes”. BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 3. ed. rev e atual.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 148.

<sup>378</sup> Na ADI n. 5924 discute-se adicionalmente a inconstitucionalidade do artigo 1º ao também dispor sobre as empresas estatais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sob o fundamento de que invade a competência de cada ente federado. Esse item, contudo, não guarda conexão com a investigação e, por essa razão, não será apresentada.

estrito e não admite uniformização de regime com as empresas prestadoras de serviços públicos.

O estatuto se justificaria, nesse sentido, diante das hipóteses excepcionais previstas na norma constitucional para que o Estado explore atividades econômicas, justificadas pelo relevante interesse público e pela soberania nacional. Assim, ao não diferenciar as empresas estatais que são abrangidas pelo artigo 1º, em especial aquelas prestadoras de serviço público, a lei seria tida por inconstitucional se cotejada com o artigo 173, §1º, da Constituição brasileira.

Como fundamento, baseiam-se na doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, já debatida nos tópicos anteriores. Em primeiro lugar, para estabelecer que o termo “serviços”, constante no trecho final do artigo 173, §1º, não é equivalente a “serviço público”. Nas lições do administrativista, “a expressão «serviços» (ensejando a suposição de que seriam «serviços públicos») algumas vezes é utilizada em sentido natural – e não técnico jurídico – para nomear atividades industriais ou comerciais” que são desempenhadas pelo Estado, nos termos do artigo citado, em regime de direito privado por constituírem exploração de atividade econômica.<sup>379</sup>

Sustentam, ainda, que a prestação de serviços públicos por empresas estatais é realizada sob regime jurídico semelhante da Administração Direta. Justificam tal posição valendo-se novamente da doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que estabelece um critério dicotômico para classificar as empresas estatais, a depender se prestam serviços públicos ou se exercem atividades econômicas.<sup>380</sup>

Para os autores das ações diretas de inconstitucionalidade, a “aproximação do regime jurídico da Administração Direta com o regime jurídico aplicável às empresas estatais prestadoras de serviço público é reconhecido em temas já pacíficos” na jurisprudência.<sup>381</sup>

Citam, como exemplo, precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal que estenderam a empresas estatais o regime de execução de dívidas (precatórios) e o regime tributário típicos e exclusivos do regime jurídico de direito público, afeto às pessoas jurídicas de direito público.<sup>382</sup>

---

<sup>379</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 679.

<sup>380</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 331-332.

<sup>381</sup> ADI n. 5924, p. 43.

<sup>382</sup> Como o julgamento que reconheceu os privilégios à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, já mencionados no tópico 1.5 – Capítulo II.

À luz dos precedentes, apontam que o artigo 173, §2º, ao determinar que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica “não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”, corrobora o entendimento jurisprudencial e a distinção de regime jurídico – de direito público ou de direito privado – nas empresas estatais – a depender se prestam serviços públicos ou se exploram atividades econômicas.

A Procuradora-Geral da República, em parecer apresentado nas ações, manifestou-se pela inconstitucionalidade do dispositivo, nos mesmos termos dos requerentes. O Ministério Público Federal expressou a compreensão de que estender o estatuto jurídico previsto no art. 173, §1º, da Constituição a empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e em regime de monopólio, implica submeter tais entidades a regime jurídico próprio de empresas privadas, quanto a direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, o que contraria entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Os argumentos expostos demonstram que os fundamentos que baseiam o pedido de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei das Estatais são exatamente os mesmos que informam o critério de identificação do regime jurídico das empresas estatais a partir da dicotomia “serviços públicos” *versus* “atividades de exploração econômica”.

Tal qual debatido nos tópicos anteriores, esse critério de distinção do regime jurídico está em crise e atrai a necessidade de uma nova compreensão das categorias em análise.

Observa-se, de fato, que a edição da Lei das Estatais colocou em xeque a interpretação que a doutrina e a jurisprudência mantinham sobre o tema. Trata-se de um confronto entre uma *nova concepção* das atividades econômicas desenvolvidas pelo Estado, emergente na doutrina e agora decorrente da própria norma, e a *concepção tradicional*, ainda sustentada por diversos autores e sobretudo predominante no STF, que extrai diretamente da Constituição o fundamento jurídico para concessão de privilégios a algumas empresas estatais a depender da atividade exercida.

A constitucionalidade – ou não – do artigo 1º da Lei n. 13.303/2016 e a necessidade de superação da dicotomia em questão serão debatidos no Capítulo seguinte. Há uma questão antecedente, porém, que é a de analisar a estrutura normativa dos artigos constitucionais que ocupam o cerne do debate, a partir da identificação das normas que se extraem dos seus enunciados normativos.



## 5. As estruturas normativas dos artigos 173 e 175 da Constituição da República<sup>383</sup>

Cabe, no presente tópico, conhecer os componentes lógico estruturais da norma jurídica contida nos artigos 173 e 175 da Constituição. Em primeiro lugar, é relevante distinguir enunciado normativo e norma. Conforme a definição de DAVID DUARTE, o enunciado é a expressão da norma, “é o conjunto de símbolos, nomeadamente linguísticos, através dos quais aquela é formulada, enquanto a norma, propriamente dita, é o significado representado, que constitui o sentido deôntico aí contido”.<sup>384</sup>

Segundo as lições do autor, são quatro as propriedades a serem investigadas para reconhecer a norma. A primeira está consubstanciada na sua existência como um dever ser. Isto é, a norma não é um fato, uma realidade empírica, mas uma indicação ideal relativa ao que deve ser, a um estado de coisas independente da realidade. A segunda propriedade é a de que a norma consiste na ordenação de um sentido. Significa entender que há sempre no dever ser um conteúdo que é um sentido jurídico. A terceira propriedade, derivada das duas anteriores, é que a norma, por natureza, é hipotética. Nesse sentido, é apenas com a junção do sentido às condições do qual este depende que a norma tem significado normativo pleno e pode ser percebida como um sentido deôntico autónomo”. A quarta propriedade, por fim, diz respeito à sua generalidade, por serem indetermináveis os seus destinatários.<sup>385</sup>

Decorre da descrição dessas propriedades a conclusão de que a norma é, por definição, hipotética. Como destaca DAVID DUARTE, “o seu sentido de dever ser específico só se produz quando ocorrem as condições pressupostas pelo que, sendo hipotética, é necessariamente condicional”.<sup>386</sup> Dessa forma, é a hipoteticidade da norma que revela a sua estrutura normativa, isto é, a organização das diferentes partes ou elementos que compreende na sua relação com o todo. Essa estrutura é tripartida e composta por um elemento relativo ao campo de incidência do sentido de dever ser, a estatuição, um elemento que se refere às condições desse sentido, a previsão, e, por fim,

<sup>383</sup> No tocante ao artigo 173, a presente análise ficará circunscrita ao *caput* e aos §§1º, 2º e 3º. Os §§4º e 5º não guardam maiores relações com os aspectos que envolvem a constitucionalidade do artigo 1º da Lei n. 13.303/2016.

<sup>384</sup> DUARTE, David. **A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 64.

<sup>385</sup> Idem, ibidem, pp. 72-75.

<sup>386</sup> Idem, ibidem, pp. 873-874.

um elemento relativo à modalidade de dever ser que é incorporado pela norma, o operador deôntico.<sup>387</sup>

Fixadas essas premissas interpretativas, convém analisar sob esse prisma os artigos 173 e 175 da Constituição, que materializam disposições referentes à intervenção do Estado na economia e devem ser interpretados à luz das disposições constitucionais sobre o tema. Conforme os aspectos debatidos e demonstrados no Capítulo I, a Constituição de 1988 consagra uma ordem econômica na qual o intervencionismo e o liberalismo se alternam como fundamentos principiologicos. Como bem sintetizou RAUL MACHADO HORTA, “essa relação alternativa, que poderá conduzir ao primado de um ou de outro, exprime o clima de ambiguidade e duplo sentido que percorre as cláusulas da Ordem Econômica e Financeira”.<sup>388</sup>

O artigo 173, por exemplo, consagra a regra de natureza liberal consistente na atuação excepcional do Estado na economia (“a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”), mas ao mesmo tempo ressalva a subsistência nos casos previstos na Constituição (“ressalvados os casos previstos nesta Constituição”), reduzindo sensivelmente o alcance dessa regra de intervenção excepcional. Ainda conforme as anotações de RAUL MACHADO HORTA, os casos previstos na Constituição

---

<sup>387</sup> DUARTE, David. **A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 76. Mais adiante, o mesmo autor assim sintetiza essa questão: “A norma pode ser definida, consequentemente, como um sentido de dever ser de domínio genérico, conceito normativo este que representa uma categoria intelectual transmitida através da linguagem (regra geral) e que tem uma estrutura composta por três elementos: (i) a previsão, (ii) o operador deôntico e (iii) a estatuição (=  $a \rightarrow b$ )”. Idem, *ibidem*, p. 874. A previsão da norma é o seu elemento estrutural, compreendendo as condições de verificação do sentido de dever ser. É variável e tem como unidade o pressuposto. A existência de um ou vários pressupostos, sendo eles positivos ou negativos, depende de como a norma está configurada, e sua organização, da linguagem utilizada na formulação do enunciado normativo. A previsão, nesse contexto, realiza também a função de redução de um universo potencialmente ilimitado de antecedências de um efeito por um rol restrito de condições. O operador deôntico é o elemento estrutural que confere natureza deôntica à norma, por meio da determinação de um específico sentido de dever ser, que pode ser impositivo, permissivo ou proibitivo, estabelecendo a relação com a previsão. A estatuição, além de elemento estrutural da norma no qual se estabelece o que deve ser verificado quando preenchidos os pressupostos da previsão, também é uma descrição que contém o contexto em que o sentido de dever se manifesta. É variável e tem como unidade o efeito jurídico, ou seja, as consequências da norma, sejam elas conjuntivas ou disjuntivas. Tal descrição não se confunde com os efeitos jurídicos, dado que uma coisa é a definição de um campo de incidência e, outra, a determinação do que se deve verificar nesse domínio material. Idem, *ibidem*, pp. 874-875.

<sup>388</sup> HORTA, Raul Machado Horta. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 296. Ainda segundo o autor, no enunciado do artigo 170 da Constituição de 1988, que trata dos princípios gerais da ordem econômica, há princípios-valores, que são a soberania nacional, a propriedade privada e a livre concorrência; há princípios que se confundem com intenções, como a redução das desigualdades regionais, a busca do pleno emprego, o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte e a função social da propriedade; e há, por fim, princípios de ação política, como a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente. Idem, *ibidem*.

são numerosos e “surtem na amplíssima competência da União Federal, que privilegia empresas estatais (art. 21, XI), consagra o exercício do monopólio estatal (arts. 21, XXIII, e 177, I a V) e se projetam no sistema único de saúde (art. 198)”.<sup>389</sup>

Esses elementos são observados no enunciado normativo do artigo 173: “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Com base nesse enunciado, pode-se identificar a estrutura tripartida da qual se denota a seguinte norma:  $a^1 \vee a^2 \vee a^3 \wedge a^4 P b$ , onde  $a$  é a previsão da norma, compreendida em quatro previsões, sendo  $a^1 = \text{quando ressalvados os casos previstos nesta Constituição}$ ,  $\vee = \text{disjuntivo (ou)}$ ,  $a^2 = \text{quando necessárias aos imperativos da segurança nacional}$ ,  $a^3 = \text{quando necessária a relevante interesse coletivo}$ ,  $\wedge = \text{conjuntivo (e)}$ , e  $a^4 = \text{desde que tais necessidades estejam em conformidade com a lei}$ ,  $P$  o operador deôntico = *será permitida (permissão)*, e  $b$  a estatuição da norma = *a exploração direta de atividade econômica pelo Estado*.

Já o enunciado normativo do §1º do artigo 173 está assim redigido: “A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre”. Em seguida, são relacionados cinco incisos, a seguir transcritos: “i) sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; ii) a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; iii) licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; iv) a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; v) os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores”.

Observa-se, nesse enunciado, a existência de duas normas. A primeira pode ser identificada a partir do enunciado (formulado de outra forma) seguinte: *o estatuto jurídico das empresas estatais deverá ser estabelecido por lei*, de onde se observa a norma seguinte:  $a I b$ , onde  $a$  é a previsão da norma, sendo  $a = \text{a lei}$ ,  $I$  o operador deôntico =

<sup>389</sup> HORTA, Raul Machado Horta. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 296.

deverá ser estabelecido (imposição) e *b* a estatuição da norma = *o estatuto jurídico das empresas estatais*.

A segunda norma é identificada no restante do enunciado, que pode ser formulado da seguinte forma: *A lei que estabelecer o estatuto jurídico das estatais deverá dispor sobre os temas contidos nos incisos de I a V*, compreendendo a estrutura  $a \text{ I } b^1 \wedge b^2 \wedge b^3 \wedge b^4 \wedge b^5$  onde *a* é a previsão da norma, sendo *a* = *A lei que estabelecer o estatuto jurídico das estatais*, *I* o operador deôntico = *deverá dispor (imposição)*, e *b* a estatuição da norma, onde  $b^1$  = *sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade*;  $\wedge$  = conjuntivo (e);  $b^2$  = *a sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários*;  $b^3$  = *licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública*;  $b^4$  = *a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários*;  $b^5$  = *os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores*.

Em seguida, tem-se o enunciado do §2º: “As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”, onde se identifica a norma *a Pr b*, sendo *a* = *As empresas públicas e as sociedades de economia mista*, *Pr* o operador deôntico = *não poderão gozar (proibição)*, e *b* a estatuição = *privilégios fiscais não extensivos às do setor privado*.

Por fim, no §3º, observa-se o enunciado seguinte: “A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade” que pode ser reformulado, sem prejuízo algum do seu sentido, para *As relações da empresa pública com o Estado e a sociedade deverão ser regulamentadas por lei*. Nesse enunciado, identifica-se a norma *a I b*, onde *a* = *As relações da empresa pública com o Estado e a sociedade*, *I* o operador deôntico = *deverão ser*, *b* = *regulamentadas por lei*.

Já a respeito do enunciado normativo do artigo 175, observa-se a seguinte redação: “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Da mesma forma, pode-se identificar a seguinte norma:  $a^1 \vee a^2 \wedge a^3 \text{ P } b$ , onde *a* onde *a* é a previsão da norma, compreendida em três previsões, sendo  $a^1$  = *a prestação direta de serviços públicos*,  $\vee$  = disjuntivo (ou),  $a^2$  = *a prestação indireta de serviços públicos sob regime de concessão ou permissão*,  $\wedge$  = conjuntivo (e);  $a^3$  = *desde que a prestação*

*indireta seja antecedida de licitação; P o operador deôntico = incumbe ao Poder Público (imposição), e b a estatuição da norma = a prestação de serviços públicos.*

O parágrafo único desse artigo, por sua vez, está assim redigido: “A lei disporá sobre:”. Os incisos subsequentes têm o conteúdo seguinte: “i) regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; ii) os direitos dos usuários; iii) política tarifária; e iv) a obrigação de manter serviço adequado”. Observa-se, nesse caso, a norma  $a \text{ I } b^1 \wedge b^2 \wedge b^3 \wedge b^4$ , onde  $a$  é a previsão da norma, sendo  $a = A \text{ lei}$ ,  $I$  o operador deôntico = *deverá dispor (imposição)*, e  $b$  a estatuição da norma, onde  $b^1 = \text{regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão}$ ;  $\wedge$  = conjuntivo (e);  $b^2 = \text{os direitos dos usuários}$ ;  $b^3 = \text{política tarifária}$ ;  $b^4 = \text{a obrigação de manter serviço adequado}$ .

Constata-se, a partir do exposto, que as normas acima identificadas são coerentes com as disposições estabelecidas pela ordem econômica brasileira. Consagra-se uma ordem econômica capitalista, que assegura os princípios da livre iniciativa, livre concorrência, mas que também institui um Estado não absenteísta, conferindo-lhe autorização para a atuação na ordem econômica (como na parte inicial do enunciado “ressalvados os casos previstos nesta Constituição”), deveres (como o de “prestar serviços públicos”) e as condições para tanto (diretamente, inclusive mediante “empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias na exploração de atividades econômicas de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”, ou indiretamente, no caso dos serviços públicos, “mediante a concessão ou permissão” antecedidas de licitação).

A análise desses dispositivos abre um amplo campo de estudo e reflexões sobre o tema, como o faz ANDRÉ SADDY, que em análise do *caput* do artigo 173, identifica a discricionariedade de atuação, consistente em se optar por atuar ou não, aplicando ou não a estatuição ou alguma das estatuições previstas como possíveis pela norma habilitante, quanto à “discricionariedade de eleição, quando se poderá eleger entre uma estatuição ou

outra, caso a administração opte por atuar (ou caso esteja obrigada a isso) e são várias as estatuições permitidas”.<sup>390</sup>

Em especial, merecem ser apontados alguns pontos, que serão retomados no Capítulo III, que ganham evidência a partir da análise normativa ora analisada.

O primeiro, diz respeito à previsão expressa no artigo 173, *caput*, de que, para além das hipóteses de atuação no domínio econômico que demandam a presença de “imperativos de segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”, há situações em que essa atuação já está ressalvada e autorizada, como na prestação de serviços públicos, direta ou indiretamente, ou na exploração de monopólios, abrangidas na previsão “ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

Além disso, em cotejo das normas do artigo 173 e do artigo 175, observa-se que há reserva de regime jurídico apenas no tocante à submissão da atuação estatal empresarial ao direito privado. Inexistem outras imposições na norma que indiquem, por exemplo, um regime jurídico de direito público para a atuação empresarial estatal, ainda que na prestação de serviços públicos.

Essa compreensão é reforçada pela análise normativa do artigo 175 e do seu parágrafo único, cujas estatuições voltam-se a elementos que não estão associados – nem direta nem indiretamente – a um necessário regime de privilégio ou de aderência a um regime jurídico de direito público típico das pessoas jurídicas de direito público.

---

<sup>390</sup> SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do *caput* do art. 173 da Constituição brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 107-138, mai. 2015, p. 117.

### CAPÍTULO III

#### A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1º DA LEI n. 13.303/2016: POR UMA LEITURA CONTEMPORÂNEA PARA O REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS

##### 1. A importância das empresas estatais na atualidade e a necessidade de aperfeiçoamento dos seus quadros explicativos

No final da década de 1970, MASSIMO GIANNINI, no artigo *I Pubblici Poteri Negli Stati Pluriclasse*, destacou os inúmeros debates advindos da correspondência – ou do atendimento – pela Administração Pública das antigas, das novas e das renovadas necessidades da coletividade diante das transformações sociais e dos impactos na estrutura estatal e nas administrações públicas. Para o autor, a expansão da Administração nesse período ocorreu tanto na estrutura quanto nos campos de atividade por ela desenvolvidos. Entre os fenômenos resultantes, a proliferação e o desenvolvimento cada vez maior das empresas estatais, que passaram a absorver parte dos serviços públicos prestados, as atividades econômicas de cunho monopolista e as demais atividades de exploração econômica, evidenciando não só a capacidade dessas entidades de alinhar-se aos avanços vividos naquele tempo, mas também a circunstância de serem relevantes mecanismos de intervenção na economia.<sup>391</sup>

Observou GIANNINI que o Estado administrativo é, por definição, um Estado pluralista, que não tem mais a centralidade que tinha no final do século XIX e no começo do século XX. Nessa perspectiva, o Estado administrativo não consubstancia mais apenas “uma” Administração, mas sim diversos “poderes públicos”, cada um como ponto de convergência dos seus próprios desafios e com as suas próprias trajetórias. É o que ocorre com as empresas estatais. Elas surgiram no contexto da passagem do Estado Liberal para o Estado Social como alternativas para justificar uma atuação diferenciada da Administração mediante o manejo de institutos do regime jurídico de direito privado. No paradigma atual, muitos dos dogmas então existentes encontram-se superados ou em plena transformação, tornando inevitável o reposicionamento dos quadros teóricos que

---

<sup>391</sup> GIANNINI, Massimo Severo. I pubblici poteri negli stati pluriclasse. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. v. 29, n. 2/3, 1979, p. 390/400.

permearam os primórdios dessa atuação. Necessita-se realinhar tais dogmas a fim de satisfazer as necessidades de um Estado e de uma Administração Pública que se encontra em ritmo de mudança cada vez mais veloz, plural, fragmentada e em descompasso com as necessidades da sociedade. Nesse realinhamento, conforme o alerta de GIANNINI, deve-se evitar a busca de uma única resposta; cada uma dessas mudanças abre um caminho discursivo e não pode ser compreendida senão com referência aos ordenamentos singularmente analisados.<sup>392</sup>

Mais do que identificar e compreender o *movimento do pêndulo* apontado por CAIO TÁCITO, que no começo da década de 1990 caminhou no sentido de um Estado cada vez menor e menos intervencionista, e agora novamente em movimento, é necessário refletir sobre os fundamentos normativos que informam as empresas estatais na atualidade, em sintonia com a dinâmica empresarial contemporânea. Tal compreensão deve estar alinhada ao horizonte ora vivenciado, ser capaz de aperfeiçoar os seus quadros explicativos e conferir a essa forma de atuação estatal toda a plenitude possível em prol dos desígnios de interesse público que justificam a existência do Estado.

### **1.1. Três propostas de enfrentamento do tema**

No Brasil, a compreensão do tema envolve a necessidade de revisão dos quadros teóricos apresentados para a identificação do regime jurídico das empresas estatais, notadamente a partir das relevantes inovações legislativas que tratam da questão. Nesse aspecto, a edição da Lei n. 13.303/2016 e, especificamente, o seu artigo 1º, impõe um momento crucial para a trajetória das empresas estatais no ordenamento brasileiro ao propor uma abrangência para as suas disposições que é conflitante com a doutrina tradicional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Conforme o desenvolvimento a seguir, o tema deve ser analisado sob o prisma da necessidade de superação do critério da dicotomia entre “serviços públicos” *versus* “atividades de exploração econômica” que, conseqüentemente, passa pelo exame da constitucionalidade da lei. Com essa finalidade, destaca-se a necessidade de o Poder Judiciário deixar de assumir o papel de construtor do regime jurídico e do perfil das empresas estatais para passar a respeitar e aceitar as escolhas administrativas e legislativas sobre o tema. Por fim, sob o prisma da concretização dos direitos fundamentais, é

---

<sup>392</sup> GIANNINI, op. cit., p. 404.



necessária uma mudança de perspectiva, que tenha como foco o regime jurídico voltado às garantias ao cidadão e à fruição adequada dos direitos fundamentais, ao invés de haver a invocação de postulados e fundamentos aptos a garantir prerrogativas e privilégios apenas à pessoa do Estado e das suas empresas, sem proporcionalidade ou necessidade para a prestação dos serviços e o atingimento das finalidades estatais.

## **2. A superação da dicotomia “serviços públicos” *versus* “atividades de exploração econômica” para a identificação do regime jurídico das empresas estatais**

Como demonstrado ao longo da investigação, a dicotomia em questão foi uma construção doutrinária que, após a promulgação da Constituição de 1988, ganhou ainda mais abrangência, vindo a influenciar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tema.

Segundo essa doutrina majoritária e a jurisprudência que se consolidou, os artigos 173 e 175 seriam a sede constitucional dessa dicotomia. O primeiro, legitimador da intervenção do Estado na economia, em regime de exploração de atividades econômicas no sentido estrito; o segundo, a justificação para um regime jurídico especial na hipótese de prestação de serviços públicos.

A utilização desse critério dicotômico pela jurisprudência do STF, a partir da simples operação hermenêutica de identificar a natureza da atividade exercida (critério material) para então aplicar o regime jurídico de direito público ou privado, que se consolidou desde o início dos anos 2000, passou a construir um indesejável e pernicioso quadro para a organização administrativa brasileira.<sup>393</sup> Apesar da profunda transformação do papel do Estado, dos quadros teóricos do direito administrativo e do aumento da complexidade da atuação empresarial estatal no domínio econômico, a aplicação desse critério, mesmo atualmente, parte de um esquema conceitual que, além de impreciso na origem, já não se presta mais a compreender a realidade atual.

---

<sup>393</sup> HENRIQUE MOTTA chegou a essa conclusão após uma abrangente análise dos precedentes do STF desde a promulgação da Constituição de 1988. PINTO, Henrique Motta. **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?** 2010. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Sobre o tema, CARLOS ARI SUNDFELD aponta: “Simplesmente não faz sentido, na atualidade, supor que as respostas a muitas dúvidas cruciais (...) serão encontradas por meio da operação simplista de identificar o caráter público ou privado do serviço em causa, que teria o mágico condão de determinar a aplicabilidade de um regime jurídico geral. Daí a mudança total de enfoque”. SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 33.

Especificamente, destaca-se que a ordem constitucional brasileira não consagra um conceito positivado de serviços públicos e de atividade econômica, o que dá abertura para disputas e divergências conceituais. O cenário é refletido na própria jurisprudência do STF, que não expõe uma compreensão clara desses conceitos, permitindo decisões que se apoiam em fundamentos diferentes para o mesmo fenômeno. Além disso, são profundas as transformações vivenciadas pelo conceito de serviço público que, servindo de conceito central na dicotomia em debate, inevitavelmente irradia os efeitos dessas mudanças – ou dessas crises – para a identificação do regime jurídico aplicável às empresas estatais.

Apesar dos debates existentes sobre a configuração do serviço público nos dias atuais, fato é que progressivamente a sua prestação é influenciada e remodelada em função das transformações da sociedade. Pode-se dizer que aquela compreensão de serviço público tradicional, prestado em regime de exclusividade pelo Estado e sob regime jurídico de direito público ruiu – ou, sob uma perspectiva mais conservadora, apresenta rachaduras.<sup>394</sup>

Essa dicotomia, construída sobre uma realidade muito diferente da atual, hoje impõe mais dificuldades práticas, teóricas e tensões do que propriamente um norte seguro para a compreensão do tema.

Em outras palavras, se a dicotomia já foi construída sob bases imprecisas e formuladas pela própria doutrina com base nas compreensões de então, as circunstâncias atuais impuseram desafios ainda maiores, exigindo mais esforços que justifiquem a sua utilidade, notadamente diante da complexificação do fenômeno da intervenção estatal, seja pela multiplicidade de atividades exercidas pelas empresas estatais, seja pelo reposicionamento da atuação estatal, cada vez mais aberta à colaboração e à cooperação. Na realidade atual, a simples identificação pelos tribunais da natureza da atividade da

---

<sup>394</sup> JAVIER BARNES usa a imagem de uma “barragem de contenção” para ilustrar as mudanças vivenciadas pelo direito administrativo e as consequentes mudanças nas suas fronteiras. Para o autor, desde a sua origem, o direito administrativo teria existido dentro de três barragens – ou três conjuntos de elementos típicos. A primeira, constitui um direito nacional, um produto tipicamente estatal ou “Estadocêntrico”. A segunda, é o direito próprio da Administração quando exerce poderes públicos. Por fim, representa um direito de vocação executiva, subordinado à lei. Ainda para JAVIER BARNES, todas essas barragens transbordaram e nenhuma delas permaneceu incólume à realidade atual, compreendendo-se que o direito administrativo contemporâneo não mais se concebe como um sistema isolado, fechado nos conceitos que lhes deram origem, especialmente o entendimento de que compreende uma lei tipicamente nacional, concentrada no exercício do poder ou da autoridade, como lei de aplicação quase mecânica de uma legislação primária onisciente. Todas elas se transformaram ao longo do tempo. BARNES, Javier. **Transformaciones (científicas) del derecho administrativo** - Historia y retos del Derecho Administrativo contemporáneo. Sevilla: Editorial Derecho Global – Global Law Press, 2011, pp. 13-14.

empresa estatal já não é mais suficiente para concluir pela aplicação do regime jurídico de direito público – abstraindo-se ainda a controvérsia sobre como esse regime pode ser compreendido ou definido.<sup>395</sup> Em uma tentativa de sobrevivência da dicotomia, passou-se a incorporar outros critérios, como a existência de concorrência e de distribuição de lucros e dividendos aos acionistas. Esses novos elementos, apesar de darem suporte à sobrevivência da dicotomia, apenas inauguraram novos questionamentos, que, ao fim, acabam por atrair soluções que remetem à concepção tradicional que informou a sua construção.

Exemplificativamente, cita-se o caso das empresas estatais que, simultaneamente, prestam serviços públicos em regime de exclusividade e exploram atividades econômicas. Embora a segunda atividade seja exercida em regime de concorrência, em casos relacionados a tais empresas, a jurisprudência retomou o critério dicotômico para entender que a salvaguarda da prestação do serviço público impõe a extensão dos benefícios e das prerrogativas a todas as atividades exercidas.<sup>396</sup>

A dicotomia em questão, já na origem, partiu de conceitos construídos pela doutrina e dotados de forte conotação interpretativa e conjuntural, que informaram uma determinada compreensão sobre os artigos 173 e 175 da Constituição que, atualmente, está em crise e sob intenso questionamento. Como apontado no tópico 1.6 – Capítulo II, entre outros fatores, constituem o fundamento desse intenso questionamento a crise na noção de serviço público sobre a qual repousa a visão tradicional da doutrina e da jurisprudência, a perda da nitidez na distinção entre serviços públicos e atividades econômicas, o exercício simultâneo dessas atividades e, por fim, o acometimento, a empresas estatais, de funções públicas não enquadráveis na dicotomia.

Identifica-se ainda uma série de outros problemas advindos da aplicação desse entendimento. Para uns, há uma injustificável assimetria de critérios – não só na compreensão sobre serviços públicos e atividades econômicas, como apontado – mas na própria identificação de regimes jurídicos entre empresas estatais e autarquias. Enquanto

---

<sup>395</sup> Como bem observa VITOR SCHIRATO, a expressão “regime jurídico de direito público” possui conteúdo demasiadamente fluido, que é utilizada no Brasil para as mais diversas atuações da Administração Pública, com significados marcadamente distintos e que dificultam a sua compreensão. Tal qual o autor, a investigação adotará no tópico respectivo a seguir a expressão “regime jurídico de serviço público”. SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 240.

<sup>396</sup> É o que ficou decidido no RE 627.051/PE, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 12/11/2014 pelo Supremo Tribunal Federal, em que o tribunal assentou que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT goza de imunidade tributária recíproca, mesmo quando realiza o transporte de bens e mercadorias em concorrência com outras empresas, porque presta serviços públicos.

que, para as empresas estatais, a dicotomia envolve a eleição de um critério material como justificativa para a extensão de prerrogativas do próprio Estado – que podem inclusive eventualmente irradiar-se para entidades que não compõem a Administração, mas atendem ao critério –, no caso das autarquias, é adotado o critério orgânico para a definição do seu regime jurídico, independentemente da natureza atividade desenvolvida.<sup>397</sup>

Além disso, a aplicação sistemática da dicotomia atropela, sem qualquer freio, a escolha da Administração para prestar aquela atividade sob uma determinada forma e um determinado regime. Ressalte-se que a aplicação da dicotomia ignora inclusive que a opção pelo regime recebeu o debate e a aprovação no âmbito do Poder Legislativo, desprestigiando por completo os contornos políticos desejados para a empresa estatal.<sup>398</sup>

Os fundamentos que informam a dicotomia justificaram, no STF, a compreensão de que são extraídos diretamente do texto constitucional os privilégios devidos às empresas estatais prestadoras de serviço público, ainda que não haja sequer uma disposição normativa nesse sentido.<sup>399</sup> Dessa forma, passa a ser inócua qualquer vontade legislativa ou opção administrativa, visto que, para o tribunal, o regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviço público decorreria da própria Constituição.

Na prática, além dos problemas citados, as empresas estatais sob regime de privilégio<sup>400</sup> passam a usufruir dos bônus do regime jurídico-público – impenhorabilidade de bens e imunidade tributária, por exemplo – sem os correspondentes ônus desse mesmo regime, como os vínculos laborais regidos pela legislação estatutária, sujeição a controles mais rígidos, a vinculação às regras do orçamento, entre outros.

O caminho inverso também se aplica: as empresas estatais usufruem dos bônus do regime empresarial, notadamente os esquemas mais ágeis e desburocratizados para atuação no domínio econômico, sem os respectivos ônus que impactam a atividade empresarial, como regime de pagamento de dívidas, incidência de tributos etc. É uma situação de todo disfuncional na qual, em alguns casos, uma das únicas notas distintivas

<sup>397</sup> Para RÉGIS DA SILVA CONRADO, “não pode ser feita a utilização exclusiva do critério material, sob pena de estender a entes sem qualquer vínculo com o Estado, como as concessionárias privadas de serviço público, os benefícios próprios da Fazenda Pública. CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 257.

<sup>398</sup> Conforme será aprofundado no tópico seguinte.

<sup>399</sup> Cfr. tópico 5 – Capítulo II.

<sup>400</sup> Expressão utilizada por MÁRCIO ARANHA em ARANHA, Márcio Iório. O objeto do estatuto jurídico das estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 61.

– efetivamente – entre a empresa estatal exploradora de serviços públicos e uma autarquia é o regime de pessoal.<sup>401</sup>

Ainda que não tenha sido o propósito que permeou a construção dessa dicotomia, atualmente o critério tem tido apenas o efeito de, a pretexto de *proteger o serviço público*, conferir privilégios e vantagens à empresa estatal, sem qualquer justificativa ou conexão com a necessidade ou melhoria de tal benefício para a melhor prestação do serviço em questão.

Em outras palavras, a aplicação da dicotomia tem evidenciado situações em que a aplicação do regime de direito público às empresas estatais beneficia exclusivamente os interesses da empresa na melhoria dos seus próprios resultados, sem relação ou direcionamento voltados aos serviços prestados.

Como visto no caso da companhia de águas e esgotos de São Paulo, citado na Introdução, postula-se a imunidade tributária ao mesmo tempo em que se distribui generosamente os dividendos com os acionistas e assiste-se a uma crise hídrica relacionada, entre outros fatores, ao baixo investimento da companhia na sua infraestrutura.<sup>402</sup> Todos esses fatores, observados à luz dos debates realizados na presente investigação, evidenciam não só a anacronicidade da dicotomia “serviços públicos” *versus* “atividades de exploração econômica” para a identificação do regime jurídico das empresas estatais, mas também a sua disfuncionalidade.

Haveria mais coerência se a jurisprudência e a doutrina afastassem, de vez, a prestação de serviços públicos sob regime jurídico-privado na forma empresarial, como defende, por exemplo, TOSHIO MUKAI.<sup>403</sup> Tal solução, contudo, sob as premissas em que se assentam o presente estudo, não seria consonante e harmônica com a norma constitucional, que não somente não veda essa forma de intervenção, como a autoriza expressamente no próprio artigo 173, conforme o desenvolvimento do tópico seguinte.<sup>404</sup> É necessário que a interpretação do regime jurídico das empresas estatais deixe de ter,

---

<sup>401</sup> Como é o caso emblemático da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, cujo regime é tão aproximado ao de uma autarquia pública que, não poucas vezes, debateu-se a respeito da sua natureza autárquica, como na ACO 765/RJ, (Tribunal Pleno, Rel. para o Acórdão Min. Menezes Direito, Supremo Tribunal Federal, j. 13/05/2009).

<sup>402</sup> SORIANO, Érico et al. Crise hídrica em São Paulo sob o ponto de vista dos desastres. **Ambient. soc.**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 21-42, Mar. 2016.

<sup>403</sup> MUKAI, Toshio. O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 283. Segundo o autor, na página citada, “No Brasil, em face do texto constitucional, as empresas públicas (*stricto sensu*), e as sociedades de economia mista só podem ser criadas legitimamente para a exploração de atividades econômicas”.

<sup>404</sup> Cfr. tópico 4 – Capítulo II.

como critério definidor e primordial, a dicotomia “serviços públicos” *versus* “atividades de exploração econômica”. É preciso, em substituição, que sejam observadas as disposições legais da Lei n. 13.303/2016 e da lei de criação de cada ente empresarial estatal, por serem os balizamentos mais aptos a orientar os elementos hoje presentes no regime jurídico das empresas estatais.

Já de partida, nesse sentido, deve ser observado que o tratamento da matéria unicamente sob os pressupostos de uma *summa divisio* é descabido, notadamente com vistas à concessão de privilégios e benefícios de pessoas jurídicas de direito público a entes estatais sob a forma jurídico-privada empresarial.<sup>405</sup>

A contraposição entre direito público e direito privado sobre a qual se baseia a dicotomia, considerada uma das célebres distinções da dogmática jurídica,<sup>406</sup> tem como alicerce, segundo SABINO CASSESE, a noção de que o Estado e o direito público são dominados pelo conflito entre Estado e cidadão, como dois polos irreduzíveis e em contraste entre si, no que ele denomina de *paradigma bipolar*. Para o autor, “os dois pólos, público e privado, são irreduzíveis não apenas porque estão em conflito, mas também porque são regidos por regras diversas”.<sup>407</sup>

SABINO CASSESE aponta que esse paradigma foi questionado diversas vezes e que, apesar das críticas internas e da influência do reconhecimento da existência de modelos complexos e plurais, o paradigma binômico tradicional resistiu, estando ainda presente no centro das reflexões sobre o tema.<sup>408</sup> Mesmo ainda presente nos debates, cumpre trazer a observação de MARIA JOÃO ESTORNINHO, para quem “está hoje ultrapassada a ideia de que Direito Privado e Direito Público seriam verdadeiros conceitos *a priori*”.<sup>409</sup> Entre os fatores que levam a essa compreensão, está o reconhecimento, conforme apontado por CASSESE, da emergência de uma nova ordem jurídica em que a esse binômio Estado-cidadão se junta ou se sobrepõe um conjunto de relações marcadamente mais rico de sujeitos e menos baseado na contraposição. Dessa forma, “se,

---

<sup>405</sup> Pode-se, inclusive, sustentar que é menos impreciso afirmar que serviços públicos e atividades econômicas estão conceitualmente mais próximos do que defender uma separação absoluta entre eles, em virtude de ambos demandarem uma organização de recursos escassos para a satisfação de necessidades individuais.

<sup>406</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 139.

<sup>407</sup> CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 84.

<sup>408</sup> Idem, ibidem, p. 89. Sobre os sintomas de desvalorização da distinção e sobre a continuidade da sua importância, cfr. GONÇALVES, Pedro, **Entidades Privadas com Poderes Públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 249-257.

<sup>409</sup> ESTORNINHO, Maria João. **Op. cit.**, p. 152.

tradicionalmente, o Estado e mercado são contrapostos como modelos de ação, observa-se aqui, ao contrário, uma assimilação, por parte do primeiro, de modos próprios do segundo”.<sup>410</sup>

De fato, não se pode negar a progressiva perda da nitidez na distinção entre serviços públicos e atividades econômicas tal qual tradicionalmente concebida,<sup>411</sup> como reflexo da mudança das fronteiras de delimitação entre o direito público e o direito privado. Como demonstrado ao longo da investigação, essa conclusão decorre das transformações vivenciadas desde a expansão do papel do Estado Social, que passou a assumir como próprias diversas atuações – inclusive de caráter comercial e industrial –, até os mais recentes movimentos de liberalização, privatização e de uma intensa transformação da Administração nos dias atuais. Em especial, ao longo de todo esse processo, são distinguidos os movimentos de privatização do direito administrativo e de publicização do direito privado.<sup>412</sup>

Com isso, apenas para se ater a um reflexo que é pertinente ao objeto de análise, a disciplina da atuação empresarial do Estado se transformou, juntamente com categorias fundamentais do direito administrativo.

Um dos exemplos a ser destacado é que em alguns ordenamentos, como nos países da União Europeia, avançou-se a uma relevante alteração de enfoque da prestação de serviços públicos para a exploração de serviços de interesse econômico geral (SIEG), com um grande conseqüência de transformações para a estrutura estatal e para a organização administrativa. Em outros, como no Brasil, a noção de serviço público se mantém, por expressa disciplina constitucional, mas inapelavelmente afetada pela realidade social, econômica e tecnológica, que culmina em transformações nas formas concebidas de prestar e garantir o serviço público.

Assim, na atualidade, mesmo no caso brasileiro, a atividade das empresas estatais mudou sensivelmente, podendo-se identificar a prestação de serviços públicos simultaneamente com a exploração de atividades econômicas, a prestação de serviços

---

<sup>410</sup> CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 91

<sup>411</sup> Além de ser uma distinção que propõe uma separação simplificada – estanque – da realidade sobre que pretende definir, é de se destacar que opera com base em dois conceitos indeterminados e sem definição normativa no ordenamento brasileiro. Embora seja possível extrair diversas conclusões sobre a noção de serviços públicos na Constituição de 1988, é fato inexistir um conceito normativo, deixando aberto o debate sobre o seu efetivo conceito. O mesmo ocorre com as atividades econômicas, que não encontram definição inequívoca.

<sup>412</sup> GONÇALVES, Pedro, **Entidades Privadas com Poderes Públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 277.

públicos em regime de concorrência e, até mesmo, a realização de atividades que não se adequam aos critérios tradicionais dessas atividades, consubstanciando novos objetos de atuação das empresas estatais com caráter acentuadamente instrumental.<sup>413</sup> A atividade das empresas estatais, nesse sentido, tornou-se mais complexa e abrangente, transitando em vários domínios e atividades antes não atingidos.

Constata-se, portanto, que o movimento de compenetração desses dois domínios, a partir da sua aproximação e interligação, aprofundaram a miscelânea e dificultaram sobremaneira a realização de distinções em termos dicotômicos.<sup>414</sup>

Dessas reflexões, portanto, decorre a conclusão de que o regime jurídico das empresas estatais é um regime híbrido, inegavelmente publicizado, mas que não pode ser compreendido a partir de categorias estanques que emprestam automaticamente um conjunto de normas e preceitos tão somente a partir da identificação da atividade realizada. Trata-se de uma consequência não apenas da esterilidade do critério, mas da circunstância de que muitas das empresas estatais executam simultaneamente diversas atividades, dificultando a classificação conforme o critério dicotômico.

Significa dizer que a atuação empresarial do Estado sob a forma jurídico-privada não deve ser mais viabilizada e interpretada à luz do esquema dicotômico direito público/direito privado para a definição do seu regime jurídico. Em vez disso, deve-se, tal qual a lição de MARIA JOÃO ESTORNINHO, admitir a atuação segundo o direito privado, mas obrigar “a Administração a, a par das normas jurídico-privadas, ter em consideração certas normas e princípios gerais do Direito Público”.<sup>415</sup>

Portanto, constata-se que o critério dicotômico não se adequa mais à realidade das empresas estatais e, por essa razão, deve perder a primazia na identificação do regime jurídico dessas entidades. Diante da multiplicação de atividades e dos nuances que delas são consectários, observa-se que, progressivamente, deverá ser restabelecida a compreensão de que o regime jurídico das empresas estatais terá melhor definição e

---

<sup>413</sup> A título de exemplo de empresas desse terceiro tipo, pode ser citada a Empresa Brasileira de Planejamento e Logística, uma empresa pública constituída sob a forma de sociedade anônima de capital fechado, segundo o seu estatuto, com o objeto social de, entre outros, “prestar serviços na área de projetos, estudos e pesquisas destinados a subsidiar o planejamento da infraestrutura, da logística e dos transportes no País, consideradas as infraestruturas, plataformas e os serviços pertinentes aos modos rodoviário, ferroviário, dutoviário, aquaviário e aeroviário”.

<sup>414</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 157.

<sup>415</sup> Idem, ibidem, pp. 160-161.



tratamento a partir das regras gerais que forem positivadas e das normas particulares concernentes à criação e à atuação de cada empresa.<sup>416</sup>

Nesse sentido, inclusive, caminhou a Lei n. 13.303/2016. As suas disposições não consagram um regime único para as empresas estatais independentemente da atividade que exercem. Pelo contrário, a Lei sintetiza aquelas questões que, pela sua natureza, foram compreendidas pelo legislador brasileiro como compatíveis com todas as empresas. É, inegavelmente, uma aproximação de regimes entre as mais diversas empresas estatais que é legítima e consonante com os ditames da Constituição de 1988. Com efeito, o texto constitucional admite e ressalva expressamente as diferenças de regime jurídico que naturalmente existirão, desde que claramente definidas em lei ou regulamento, bem como previstas em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-las, observada a ampla publicidade desses instrumentos – artigo 8º, §2º.

Os fundamentos ora defendidos encontram ressonância e aprofundamento na exposição dos fundamentos que informam a constitucionalidade da abrangência definida pelo artigo 1º da Lei das Estatais, conforme exposição a seguir.

## **2.1. A constitucionalidade da Lei n. 13.303/16**

Conforme já narrado, o artigo 1º da Lei n. 13.303/2016 representa grande inovação no ordenamento jurídico brasileiro. Ao estabelecer que as disposições da lei abrangem todas as empresas estatais, independentemente da natureza das atividades exercidas – se exploram atividade econômica em sentido estrito, se exercem monopólio ou se prestam serviços públicos –, logo suscitou intensos questionamentos. Atualmente, sua abrangência é questionada em duas ações diretas de inconstitucionalidade, com manifestação do Ministério Público Federal pela procedência das ações, e é objeto de crítica na doutrina.

Como demonstrado no tópico 4.1 – Capítulo II, os argumentos pela inconstitucionalidade da norma e os fundamentos que informam a dicotomia “serviços públicos” *versus* “atividades de exploração econômica” para a identificação do regime

---

<sup>416</sup> Tal compreensão admite, tal qual aponta por MARIA JOÃO ESTORNINHO, que ainda há uma solução satisfatória para a problemática da conjugação do direito público e do direito privado, em especial no contexto das novas de atuação da Administração, que ainda exigirão muitos estudos e reflexões por parte da doutrina. ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 159-162.

jurídico das empresas estatais são os mesmos. Consistem, em apertada síntese, na compreensão de que o artigo 173, §1º, da Constituição diz respeito apenas às empresas estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito, incidente um regime jurídico predominantemente de direito privado. A prestação de serviços públicos, por sua vez, estaria regulamentada pelo artigo 175 da Constituição, que prescreveria um regime jurídico especial de direito público para essas hipóteses.

Apresentando fundamentos exemplificativos dessa compreensão dominante, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, na edição mais recente da obra *Direito Administrativo*, lamenta a opção realizada pelo legislador no artigo 1º da Lei n. 13.303/2016 em não distinguir as empresas que prestam serviços públicos e aquelas que exploram atividade econômica, defendendo que caberá “ao intérprete, em cada situação, separar o que é e o que não é aplicável às empresas estatais prestadoras de serviços públicos”.<sup>417</sup>

A autora, ao consignar que há princípios do regime jurídico-administrativo que são inseparáveis da noção de serviços públicos, tais como a supremacia do interesse público, critica o legislador brasileiro ao não dedicar maior atenção à distinção dicotômica em tela, notadamente diante de uma diferenciação de regime jurídico que é estabelecida, a seu ver, pelos artigos 173 e 175 da Constituição.

Do desenvolvimento da investigação até o momento, portanto, pode-se perceber a centralidade que os artigos 173 e o artigo 175 ocupam no debate em questão e, especialmente, a suposta dicotomia de regimes que seria identificada por esses dispositivos.

Historicamente, as empresas estatais surgiram a partir da legislação infraconstitucional, carente de uma sistematização jurídico-institucional dos seus objetivos, elementos definidores e regime jurídico (tópico 1 – Capítulo II). Somente a partir da Constituição de 1967 é que ganharam tratamento constitucional, conjuntamente com a primeira definição de uma regulamentação do seu regime jurídico, com o Decreto-Lei n. 200/1967.

A partir de então, fortaleceu-se a corrente doutrinária que identificou a existência de uma dicotomia, quanto ao regime jurídico, entre empresas estatais que prestam serviços públicos e empresas estatais que exploram atividades econômicas. É importante destacar que, na égide das Constituições anteriores à atual, inexistia

---

<sup>417</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

dispositivo semelhante ao artigo 175 em análise. A referência mais próxima é o artigo 167 da Emenda Constitucional n. 1/1969, ao estabelecer que a “lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais”.<sup>418</sup>

Com a promulgação da Constituição de 1988, os fundamentos da dicotomia capturam a interpretação que se passou a fazer dos artigos 173 e 175, tanto em sede doutrinária quanto na jurisprudência, como se tivesse havido respaldo constitucional a essa diferenciação. Isto é, passou a haver a compreensão de que a Constituição teria consagrado uma dicotomia fundamental relativamente às atividades de produção e circulação de riqueza.

Daí que, ao prever um estatuto jurídico para as empresas estatais, o artigo 173, §1º, teria automaticamente indicado, segundo essa perspectiva, que o seu objeto trataria apenas das empresas estatais que explorassem atividade econômica em sentido estrito, visto que o artigo 175 implicaria em um regime jurídico especial aos serviços públicos e não conteria nenhuma previsão a respeito de um estatuto jurídico para as empresas submetidas a esse regime.

É preciso, contudo, apartar-se parcialmente dessa leitura, conforme a proposta hermenêutica apresentada por LUIZ GUSTAVO KAERCHER LOUREIRO. Para o autor, de fato, há uma diferença entre dois tipos constitucionais de atividade econômicas. De um lado, aquelas tarefas confiadas ao Estado pela Constituição, como competências públicas. De outro, as demais atividades, livres aos particulares e prestadas em regime de competição. Nesse segundo caso, o Estado atua apenas em paralelo, autorizado expressamente por lei.<sup>419</sup>

KAERCHER LOUREIRO entende que o artigo 173 da Constituição “é a base total da conformação constitucional da ação econômica estatal direta, e que é *nele próprio que está a dicotomia fundamental* – e não em uma suposta partição de tarefas entre os arts. 173 e 175”.<sup>420</sup> Com fundamento em diversos dispositivos constitucionais, o autor afirma que a regra é que as atuações voltadas à produção e/ou à circulação de riquezas no

---

<sup>418</sup> O artigo citado, com redação idêntica à do artigo 160 da Constituição de 1967, tem o teor seguinte: “Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I - obrigação de manter serviço adequado;

II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e

III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior”.

<sup>419</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 111.

<sup>420</sup> Idem, *ibidem*, p. 113.

ordenamento brasileiro sejam de âmbito próprio dos particulares.<sup>421</sup> Nesse sentido, o artigo 173 explicita essa ideia diretriz indicando as hipóteses em que poderá ocorrer a intervenção estatal na economia.

Dessa forma, a distinção a ser feita reside entre as atividades econômicas imputadas ao Estado pela Constituição, referidas na expressão “ressalvados os casos previstos nesta Constituição”, e as demais atividades econômicas, abertas à livre iniciativa, e nas quais o Estado só pode agir quando legitimado por lei – “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.<sup>422</sup> A primeira parte do artigo 173, portanto, ao ressaltar os casos previstos na Constituição, está a se referir às hipóteses que, de plano, já estão autorizadas, como os serviços públicos, conforme os termos do artigo 175, os monopólios, conforme os termos do artigo 177, e outras atividades estabelecidas na norma constitucional, conforme evidenciado pela análise normativa realizada no tópico 5 – Capítulo II.

Nesse ponto, vale destacar que a doutrina costuma restringir a primeira parte do artigo 173 às hipóteses do artigo 177, que se referem aos monopólios da União,<sup>423</sup> mesmo inexistindo qualquer motivo constitucional que justifique essa interpretação e, também, qualquer necessidade que indique essa interpretação. Na verdade, e conforme a conclusão de KAERCHER LOUREIRO, o artigo 173 confere a legitimação constitucional para a presença estatal no domínio econômico sem restringir a natureza da atividade, estatuiendo a sua autorização seja para a exploração de atividades econômicas em sentido estrito, seja para as atividades exploradas em regime de monopólio, seja para as atividades que constituem serviços públicos.<sup>424</sup>

Nesse sentido, ainda conforme o autor, não deve ser apontada uma simetria entre o artigo 175 e o artigo 173, como a concepção tradicional apregoa. O artigo 175,

<sup>421</sup> Como se extrai a leitura do artigo 3º, inciso IV, do 5º, inciso XIII, do artigo 170, incisos II e IV, e do artigo 173.

<sup>422</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 113.

<sup>423</sup> Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a expressão se refere apenas aos casos de monopólio estatal estabelecidos na própria Constituição, de sorte que o restante da norma diz respeito à exploração direta de atividade econômica pelo Estado nas hipóteses de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 687.

<sup>424</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Op. Cit.**, p. 113. Os “casos previstos nesta Constituição” podem ser identificados, entre outros, nos artigos 21, incisos X, XI, XII e XXIII; artigo 25, §2º; artigo 30, inciso V; artigo 176 e artigo 177. Nesses dispositivos há uma gama bastante ampla de atividades, que envolvem serviços de telecomunicações, energia elétrica, infraestrutura portuária, serviços locais de gás canalizado, importação e exploração de petróleo etc.

conforme a compreensão proposta, reveste-se de caráter instrumental “que oferece ao legislador ordinário uma técnica jurídica apta a lidar, sobretudo, com a primeira categoria de atividades mencionada pelo art. 173, i.e., «os casos previstos nesta Constituição»”.<sup>425</sup> Em outra obra, referindo-se ao art. 175, o mesmo autor usa a expressão “o outro participante do «diálogo normativo»”.<sup>426</sup>

Vale ressaltar, conforme precisamente destaca KAERCHER LOUREIRO, que a menção aos serviços públicos no artigo 175 não oferece uma delimitação concreta do conceito, tornando necessário o recurso a outros artigos da Constituição para compreender o seu conteúdo. Cita, por exemplo, que são qualificados expressamente como serviços públicos (quando prestados pelo Estado) os serviços de educação, de saúde e de assistência social. Dada a importância desse dispositivo e a sua generalidade, destaca que seria demasiadamente simplista reduzir as hipóteses de serviço público apenas a essas reduzidas hipóteses. Por outro lado, da mesma forma, não se poderia atribuir a todas as atividades econômicas desenvolvidas pelo Estado o atributo de serviço público tão somente porque o artigo 175 estabelece “incumbir ao Estado a prestação de serviços públicos”.

Para o autor, em análise dos dispositivos constitucionais que empregam a expressão, há, entre outras, uma concepção de serviço público “relacionada à atividade econômica estatal, i.e., como uma organização estável de bens e pessoas voltada para a produção de utilidades economicamente apreciáveis (bens e serviços) fruíveis singularmente pelos indivíduos”, que, na sua visão, é justamente o conceito a que se refere o artigo 175. De fato, essa compreensão se alinha com a circunstância de que o dispositivo está inserido no capítulo constitucional que trata da ordem econômica e institui, nesse campo, uma competência estatal – ao lado ou em paralelo – com outras formas de intervenção estatal na econômica, e com o fato de que alude a uma prestação de serviços remunerada pelos usuários e apta a admitir a participação de agentes privados.

Em sentido bastante semelhante, VITOR SCHIRATO também defende que os artigos 173 e 175 não sustentam a dicotomia tradicionalmente apregoada. Para o autor, “os serviços públicos nada mais são do que um grupo de atividades econômicas

---

<sup>425</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 122.

<sup>426</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. A atuação econômica estatal direta: hipóteses e regimes jurídicos (a propósito dos arts. 173 e 175 da Constituição da República). **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 163- 200, abr./jun. 2008, p. 189.

exploradas pelo Estado *com base na autorização contida no próprio artigo 173 da Constituição*”.<sup>427</sup>

Portanto, a perspectiva ora defendida propõe uma alteração no *locus* e no *fundamento* constitucional da dicotomia, com realce para as proximidades entre as atividades econômicas e os serviços públicos. Essa compreensão, de partida, já afasta a força e a relevância da dicotomia entre os artigos 173 e 175 defendida nas ações de inconstitucionalidade em tramitação no Supremo Tribunal Federal.

De fato, a compreensão de que a dicotomia reside fundamentalmente no artigo 173 faz ruir os argumentos de que a previsão de um estatuto jurídico das empresas estatais não poderia abarcar aquelas que prestam serviços públicos, por supostamente terem o seu regime exclusivamente regido pelas disposições do artigo 175. Isto é, com base nessa premissa, não se pode mais afirmar que o estatuto jurídico a ser editado, por ter o seu conteúdo inexoravelmente conectado com a norma do artigo 173, só poderia se referir à exploração de atividades econômicas em sentido estrito, visto que o *caput* desse artigo também trata de outras hipóteses de atuação econômica do Estado – como os serviços públicos e os monopólios.

A previsão de um “estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços” (artigo 173, §1º) estabeleceu uma delimitação do objeto do estatuto quanto à *forma jurídica* dos entes que desenvolverão essas atividades, voltando o seu objeto à atuação estatal na forma empresarial, visto que as atividades ali desenvolvidas podem ser realizadas pelo Estado sob outras formas jurídicas, como as autarquias constituídas sob regime de direito público.

É necessário frisar, portanto, que não subsiste o argumento de que haveria uma dicotomia fundamental de regimes instalada nos artigos 173 e 175 da Constituição e que a previsão do artigo 173, §1º, estabeleceria uma delimitação do objeto do estatuto não quanto à forma de atuação – se sob a roupagem empresarial ou sob a forma de autarquia, por exemplo – mas quanto à natureza da atividade exercida – se atividade econômica em sentido estrito ou se serviço público. Afinal, sentido algum haveria em discriminar as empresas estatais segundo a sua atividade sob a ótica da edição de um estatuto jurídico.

---

<sup>427</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 127.

Nas ações que embasam os argumentos pela inconstitucionalidade da norma, é citada a posição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO de que a expressão “atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou *de prestação de serviços*” só poderia se referir a atividades econômicas próprias dos particulares, tendo sido o termo “serviços” utilizado em sentido natural.<sup>428</sup>

Essa compreensão, coerente com a posição doutrinária tradicional que identifica no artigo 173 autorização constitucional estanque voltada apenas para a exploração de atividades econômicas, não se sustenta quando observado que é o próprio artigo 173 a legitimação constitucional para a presença estatal no domínio econômico, seja para a exploração de atividades econômicas em sentido estrito, seja para as atividades exploradas em regime de monopólio, seja para as atividades que constituem serviços públicos. Assim, não faria sentido restringir *a priori* o conceito de “serviços” constante no parágrafo primeiro se o próprio *caput* do artigo trata o tema da atuação estatal no domínio econômico de forma ampla.

E, ainda que a interpretação doutrinária exponha uma compreensão, entre outras possíveis, sobre o termo “serviços”, o fato é que o legislador ordinário, na Lei das Estatais, conferiu um sentido à expressão contida no artigo 173, §1º, estabelecendo que suas disposições abarcam todas as empresas estatais que exploram atividade econômica, “ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos”.

Dessa forma, não há fundamento que respalde uma suposta inconstitucionalidade da norma, visto que suas disposições são consonantes com a Constituição de 1988. Desde a edição da Lei n. 13.303/2016, portanto, é necessário compreender que há opção expressa do legislador brasileiro por um determinado conteúdo para a expressão adotada no artigo 173, §1º, que não deve ser inferiorizado e superado por concepções doutrinárias.

A constitucionalidade da norma fica ainda mais em evidência quando se observa, tal qual apontado por MARÇAL JUSTEN FILHO, que o critério de abrangência da Lei n. 13.303/2016 não é mais o da natureza da atividade exercida, como amplamente

---

<sup>428</sup> Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a “expressão «serviços» (ensejando a suposição de que seriam «serviços públicos») algumas vezes é utilizada em sentido natural – e não técnico jurídico – para nomear atividades industriais ou comerciais que o Estado, a teor do art. 173 e parágrafos da Constituição, desempenha basicamente sob regime de Direito Privado, por se constituírem em exploração de atividade econômica, isto é, atividade própria dos particulares; atividade privada, portanto, e, bem por isto, insuscetível de ser qualificada como serviço público”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 679.

defendido em sede doutrinária nas últimas décadas, em abandono da centralidade desse critério material. Para o autor, a lei “reservou o regime jurídico por ela instituído para as entidades estatais organizadas como empresa, na acepção técnico-jurídica prevalente no Direito Comercial”, em prestígio à distinção pelo modo de organização da atividade e em abandono do critério material.<sup>429</sup> Essa opção não encontra óbice do texto constitucional e alinha-se a uma configuração jurídico-institucional da atuação empresarial do Estado capaz de oferecer novos horizontes para a sua adoção pela Administração.

Além disso, alega-se, em favor da suposta inconstitucionalidade da norma que a prestação de serviços públicos sob a forma empresarial é necessariamente submetida a um regime jurídico de direito público semelhante ao da Administração Pública Direta. Da leitura atenta da norma do artigo 175, porém, não se retira que da prestação de serviços públicos decorrerá automática e necessariamente um regime jurídico especial de direito de público – nem poderia, visto haver inclusive a previsão expressa de delegação a particulares (cfr. tópico 5 – Capítulo II). As bases de um regime jurídico a que esse dispositivo dá conta relacionam-se, para além das disposições que irão regulamentar as concessões e permissões, aos direitos do usuário, da política tarifária e da obrigação de manter serviço adequado.<sup>430</sup> Embora não se pretenda aprofundar essa questão no presente tópico, por ser objeto da análise seguinte, não se pode deixar de notar que a literalidade do artigo 175 dá pouca ou nenhuma sustentação à doutrina tradicional. Com fundamento nesse dispositivo, ela sustenta a existência de um regime jurídico especial de direito público voltado, precipuamente, a dotar o ente prestador de características que só são atribuídas a pessoas jurídicas de direito público.

Isto é, o artigo 175 não formula de forma explícita um determinado conceito de serviço público, mas impõe ao Estado o dever de prestá-lo, admitindo que a execução dessa competência pode ser delegada e estabelecendo a base de um determinado regime jurídico, constante dos incisos I a IV do seu parágrafo único. Desse modo, à exceção das concepções doutrinárias que defendem, sob uma perspectiva teleológica, decorrer um regime jurídico de direito público toda vez que há prestação de serviço público, não há na norma constitucional qualquer disposição nesse sentido.

---

<sup>429</sup> JUSTEN FILHO, A constitucionalidade da Lei 13.303/2016: a distinção entre sociedades estatais “empresárias” e “não empresárias” In: **Revista Eletrônica da PGE RJ**, v. 1, n. 1, 2018, P. 17.

<sup>430</sup> A esse regime jurídico estabelecido pelo artigo 175 ainda pode ser acrescida a disposição do artigo 37, §6º, da Constituição, assim redigido: “§6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.



Portanto, ainda que tenha materializado uma posição heterodoxa diante da doutrina tradicional brasileira sobre o tema, a Lei n. 13.303/2016 não guarda nenhuma incompatibilidade com a Constituição de 1988. Pelo contrário, com base na investigação ora realizada, verifica-se a opção por aproximar o regime jurídico das empresas estatais, independentemente da natureza da atividade exercida, admitindo ainda a diferença de regimes jurídicos a ser indicada expressamente na legislação respectiva.<sup>431</sup> Observa-se salutar avanço institucional no tema, na medida em que a disciplina das empresas estatais sempre careceu, no país, de uma sistematização jurídico-institucional que orientasse com maior clareza o papel a ser desempenhado e a conformação desejada no ordenamento, de sorte que a tarefa coube, por muito tempo e de forma predominante, a esparsas legislações e à doutrina. A solução adotada pela Lei n. 13.303/2016 fortalece a compreensão de que a dicotomia “serviços públicos” *versus* “atividades de exploração econômica” já não possui mais o condão de identificar com clareza e ser o critério reitor do regime jurídico das empresas estatais, optando por um regime jurídico que, alinhado às transformações do Estado e da Administração Pública, afasta concepções teóricas que fundamentam divisões estanques sem correspondência na realidade.

### **3. O prestígio à conformação legal conferida pela Administração e pelo Poder Legislativo: a atuação excepcional do Poder Judiciário**

Outra proposta de enfrentamento do tema relaciona-se com a necessidade de que o Poder Judiciário abandone a postura atual, que materializa um verdadeiro protagonismo na definição do regime jurídico das empresas estatais, e passe a conferir maior prestígio e deferência à opção administrativa pela forma de prestação de determinado serviço e à decisão legislativa que materializa o regime jurídico dessas entidades.

Atualmente, a construção da organização administrativa brasileira é realizada em grande parte pelo Poder Judiciário, na realização de julgamentos e adoção de

---

<sup>431</sup> Conforme previsão do artigo 8º. §2º, da Lei n. 13.303/2016, ao dispor que “Quaisquer obrigações e responsabilidades que a empresa pública e a sociedade de economia mista que explorem atividade econômica assumam em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado em que atuam” deverão estar definidas em lei ou regulamento, bem como previstas em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-las, observada a ampla publicidade desses instrumentos, e ter seu custo e suas receitas discriminados e divulgados de forma transparente, inclusive no plano contábil.

interpretações que, muitas vezes, subvertem a vontade da Administração Pública e do legislador.<sup>432</sup>

É o caso, por exemplo, do regime jurídico das empresas estatais, em cuja definição o Supremo Tribunal Federal tem tido papel predominante. Como destacado ao longo da investigação, a atuação do STF no tema tem ocasionado efeitos indesejáveis na disciplina das empresas estatais, culminando na transfiguração dessas entidades e no desestímulo do seu uso pela Administração Pública. A atuação do STF prescinde de conceitos claros e adota critérios que estão em franco questionamento e crise.

Essa postura evidencia um fenômeno já amplamente identificado pela doutrina na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que é a sua participação ativa na vida institucional brasileira, em grande extensão e volume. No contexto desse fenômeno, LUÍS ROBERTO BARROSO identifica a emergência da judicialização e do ativismo judicial. Quanto à judicialização, o autor aponta a predominância de três fatores que a justificam. A primeira grande causa foi a redemocratização do país, com a promulgação da Constituição de 1988, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, instrumentalizando na mesma proporção o acesso aos cidadãos. A segunda, conforme suas lições, foi a tendência iniciada pelas Constituições de Portugal, em 1976, e da Espanha, de 1978, de constitucionalização de diversas matérias que antes eram conferidas ao processo político majoritário e à legislação infraconstitucional. A terceira é o sistema brasileiro de constitucionalidade, considerado um dos mais abrangentes do mundo, ao combinar elementos do sistema americano e do sistema europeu.<sup>433</sup>

Quanto ao ativismo judicial, LUÍS ROBERTO BARROSO destaca que, apesar das semelhanças com a judicialização, não se identifica em ambos a mesma origem. A judicialização, no caso brasileiro, é uma consequência do modelo constitucional adotado. O ativismo judicial, por outro lado, como aponta o autor, é uma atitude, um modo específico e proativo de interpretar a Constituição. É uma realidade que normalmente “se

---

<sup>432</sup> Tal qual ocorrido em julgamentos emblemáticos como o que decidiu pela condição de entidade *sui generis* da Ordem dos Advogados do Brasil, nas discussões sobre os conselhos profissionais e na definição do regime jurídico das empresas estatais.

<sup>433</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 24. O sistema segue, de um lado, a inspiração norte-americana, pautado na garantia da supremacia da Constituição por todo o Poder Judiciário, configurando o controle difuso de constitucionalidade, presente no país desde a Constituição Republicana de 1891. De outro, também tem inspiração europeia, na perspectiva da existência de um Corte Constitucional responsável pela defesa da Constituição, configurando o controle concentrado, que se processa por um instrumento objetivo. Para aprofundamento da questão, v. BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.<sup>434</sup> Nesse sentido, a ideia de ativismo se associa a uma participação mais ampla e profunda do Poder Judiciário na concretização dos valores e dos fins constitucionais, expandindo a interferência nos espaços de atuação dos outros poderes.

Entre os efeitos deletérios do ativismo judicial, o mesmo autor aponta os riscos para a legitimidade democrática, os riscos de politização da justiça, e os limites da capacidade institucional do Poder Judiciário, que atraem a pertinência do debate para as teorias constitucionais contemporâneas. Quanto a esse último efeito, destacam-se os riscos de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados, tal qual como pode ser identificado no presente caso.<sup>435</sup> Isso porque a primazia que o Poder Judiciário detém na solução de divergências na interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais não tem como decorrência necessária “que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal”.<sup>436</sup> Nesse sentido, parte da doutrina constitucional contemporânea tem se dedicado à temática consistente nos problemas de ordem institucional, geralmente associados a efeitos sistêmicos negativos.<sup>437</sup>

Para a reflexão apresentada no presente tópico, a mudança a ser operada quanto ao protagonismo do Poder Judiciário emerge das constatações advindas da investigação, de que: i) a jurisprudência do STF, com base na doutrina tradicional, passou a extrair diretamente da Constituição os fundamentos que justificariam a aplicação de um regime jurídico de direito público às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, com base unicamente na interpretação da Corte sobre o tema, assentada sobre conceitos imprecisos e cambiantes; ii) a análise dos enunciados normativos referentes aos artigos 173 e 175 demonstrou inexistir norma que ampare – ainda que incidentalmente – a atribuição às empresas estatais de privilégios e benefícios exclusivos das pessoas jurídicas de direito público; iii) a dicotomia “serviços públicos” *versus* “exploração de atividades econômicas” perdeu a sua capacidade de definir o regime jurídico das empresas estatais; e iv) o legislador ordinário, de forma consentânea com a Constituição de 1988, optou por um modelo de regime jurídico para as empresas estatais que aproxima o regime jurídico

---

<sup>434</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 25.

<sup>435</sup> Idem, ibidem, pp. 27-30.

<sup>436</sup> Idem, ibidem, p. 30.

<sup>437</sup> Cfr., sobre o tema, SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULLE, Adrian. Interpretation and institutions. **Public Law and Legal Theory Working Paper**, n. 28, 2002.

de todas elas sem, contudo, ignorar que poderá haver diferenças em virtude da atividade desempenhada, exigindo nesse caso expressa justificação em lei ou em outros atos.

A realidade analisada é compreensível diante do histórico jurídico-institucional das empresas estatais no ordenamento brasileiro, cuja construção se deu com larga influência da doutrina e da jurisprudência na sua construção, à míngua de iniciativas administrativas e legislativas que encampassem o protagonismo na condução do tema. Contudo, diante das questões acima elencadas, não se pode mais admitir que a conformação legal de um instituto tão relevante continue sendo definida e imposta jurisprudencialmente.

A visão do STF, contudo, aponta ainda para uma visão muito arraigada a determinada concepção de serviço público, que engessa as estruturas da Administração Pública e dificulta a execução de políticas públicas.<sup>438</sup> A atribuição de um determinado regime jurídico com derrogações tão intensas da forma jurídico-privada empresarial, capaz de aproximá-la sobremaneira de uma pessoa jurídica de direito público, é ignorar o regime jurídico que lhe é intrínseco, violando qualquer congruência entre a forma organizativa e o regime jurídico aplicável.<sup>439</sup>

Se a prestação de determinado serviço ou a exploração de uma atividade econômica necessitam de determinados privilégios e prerrogativas para o atingimento de suas finalidades, é improvável supor que tanto a Administração Pública quanto o Poder Legislativo teriam menor aptidão para identificar essa necessidade e estabelecê-la do que o Poder Judiciário. Por um lado, a Administração Pública realiza a opção pela forma jurídica da empresa estatal e tem a competência legislativa de iniciativa para a sua criação e, por outro, cabe ao Poder Legislativo debater e promulgar a criação de empresa estatal por meio de lei. Contudo, quem tem tido protagonismo quanto à matéria é o Poder Judiciário.

Na esteira do que é defendido por VITOR SCHIRATO, a interpretação do regime jurídico dos serviços públicos deve partir do que é estabelecido pelo direito positivo, por ser inconcebível a fixação de um regime jurídico com base em entendimento

---

<sup>438</sup> OLIVEIRA, M.; MELO, L. C. O perfil da Administração Pública no século XXI: uma releitura à luz dos direitos fundamentais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 5, n. 2, p. 97-118, 31 jul. 2018, p. 99.

<sup>439</sup> GONÇALVES, Pedro, **Entidades Privadas com Poderes Públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 253.

doutrinário.<sup>440</sup> A atuação do Poder Judiciário, em tais casos, deve ser excepcional e com foco na garantia dos direitos fundamentais em questão (cf. tópico seguinte).

A imposição de um regime unificado, baseado em uma dicotomia estanque, ignora e dilui as peculiaridades de cada setor, onde se identificam uma complexidade cada vez maior e um amplo rol de especificidades, que exigem tratamento peculiar mais apto de ser identificado e melhor tratado por leis específicas. O efeito pernicioso da postura ora criticada é identificado, por exemplo, no setor postal, conforme apontado por CLARISSA FERREIRA DE MELO MESQUITA. Ao analisar os impactos da jurisprudência do STF na identificação do regime jurídico aplicável à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (empresa pública prestadora de serviços públicos), concluiu a autora “que o STF validou um regime jurídico protetivo à ECT, a partir da unificação do regime jurídico que lhe é aplicável. Desconsiderou-se, com isso, a complexidade dos serviços da rede postal, a existência de diferentes agentes econômicos que atuam no setor, e que o núcleo material dos serviços postais é distinto”.<sup>441</sup>

É importante consignar que em nenhuma medida defende-se a inexistência de um regime jurídico peculiar aos serviços públicos. Pelo contrário, as normas constitucionais em questão prescrevem com clareza disposições específicas para os serviços públicos, conforme identificado no tópico 5 – Capítulo II. O regime jurídico dos serviços públicos no ordenamento brasileiro possui um núcleo irrenunciável, expressamente indicado na norma, mas que não está totalmente determinado pela Constituição, como é o que se defende, por exemplo, quando se faz a defesa da dicotomia em debate.<sup>442</sup>

E, nesse ponto, inevitável a constatação de que, no tocante à aplicação de um regime jurídico de direito público ou de direito privado, a única reserva que se identifica

---

<sup>440</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 240.

<sup>441</sup> MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo. **O regime jurídico do setor postal: desafios contemporâneos e perspectivas para o setor**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 183. Em outra passagem, sobre a própria jurisprudência do STF, a autora também destaca: “De maneira geral, a análise dos acórdãos nos permite afirmar que ficam em segundo plano a discussão sobre a essencialidade do serviço (aspecto material dos serviços públicos), as previsões da legislação setorial (o aspecto formal do conceito de serviço público é analisado apenas em relação ao texto constitucional) e a própria realidade do setor postal (a complexidade das atividades da rede postal e o aumento das formas de prestação dos serviços). A questão também se enfraquece porque tratada em grande medida sem se definir o que vem a ser serviço postal. Faltam, assim, argumentos consistentes a respaldarem o entendimento segundo o qual o serviço postal tem a natureza jurídica de serviço público”. Idem, *ibidem*, p. 91.

<sup>442</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. A atuação econômica estatal direta: hipóteses e regimes jurídicos (a propósito dos arts. 173 e 175 da Constituição da República). **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 163- 200, abr./jun. 2008, p. 196.

na norma constitucional é aquela referente à atuação em regime de direito privado para a atuação do Estado sob a forma empresarial. Tal exigência consubstancia uma admissão de que a utilização “de vias privadas por figuras administrativas não desborda do regime constitucional referente à função administrativa”.<sup>443</sup> Para BERNARDO STROBEL GUIMARÃES, em percutiente estudo sobre as inter-relações havidas entre a Administração Pública e o direito privado, “não há um regime próprio da função administrativa, em termos da aplicação de um regime público, reservado à atuação da Administração. Reserva só há no que toca ao relacionamento em termos de direito privado para a atuação da Administração empresarial”.<sup>444</sup>

A necessidade de que haja maiores estudos e reflexões sobre aspectos fulcrais do tema é reconhecida, inclusive, pela doutrina, que reconhece a relevância de definir a diferença, em termos de regime jurídico, entre os serviços públicos e as outras atividades públicas indicadas na norma do artigo 173. Para KAERCHER LOUREIRO “entende-se que essa competência é do Legislador Ordinário que a deve exercitar sob certos limites e que a diferença só pode ser estabelecida caso por caso”.<sup>445</sup> Não há, contudo, em tais disposições, e nem poderia haver, a sugestão de que eventuais privilégios e benefícios sejam concedidos às empresa estatais, como vantagens nas suas relações com terceiros – tal qual tem sido o efeito prático identificado a partir das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – senão que sejam justificados com base nos direitos fundamentais e na medida estritamente proporcional para tanto.

Isso porque, nos termos da norma do artigo 175, impõe-se ao Estado o dever de prestação dos serviços públicos, diretamente ou por meio de concessionários e permissionários. Quanto à forma jurídica dessa prestação, porém, a norma não prevê

---

<sup>443</sup> GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 120. O autor assim discorre sobre o tema: “Do modo pelo qual está estabelecido na Constituição o exercício da função administrativa, não há uma opção por um regime jurídico material que lhe seja próprio. Pelo contrário, a própria Constituição admite que a utilização de vias privadas por figuras administrativas não desborda do regime constitucional referente à função administrativa. Em outras palavras: não há um regime próprio da função administrativa, em termos da aplicação de um regime público, reservado à atuação da Administração. Reserva só há no que toca ao relacionamento em termos de direito privado para a atuação da Administração empresarial. Apenas neste caso a Constituição estabeleceu de modo vinculante a adoção de um regime que deve necessariamente ser utilizado pela Administração Pública”. Idem, ibidem.

<sup>444</sup> Idem, ibidem, p. 120.

<sup>445</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. A atuação econômica estatal direta: hipóteses e regimes jurídicos (a propósito dos arts. 173 e 175 da Constituição da República). **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 163- 200, abr./jun. 2008, p. 199.

qualquer estatuição, evidenciando margem de discricionariedade da Administração na escolha do meio para alcançar sua finalidade.

O modelo jurídico das empresas estatais, vale ressaltar, não é pronto nem acabado. É preciso permitir o fortalecimento das empresas estatais a partir da manutenção e do prestígio da forma empresarial, viabilizando a evolução do instituto mediante o aperfeiçoamento das leis que o regulamentam. A opção da Lei n. 13.303/2016, nesse sentido, foi pela flexibilidade e pela adoção de modelo jurídico compatível com as atividades-fins dos entes administrativos, que não são demandas recentes no Direito Administrativo.

Há muito ainda que se avançar no tema, notadamente porque não tem sido falada a mesma linguagem no tema da organização administrativa. No caso em tela, a permanência do protagonismo do Poder Judiciário na definição do regime jurídico das empresas estatais é ainda mais grave diante da inexistência de omissão administrativa e legislativa no tratamento da matéria e na constatação de que inexiste um regime jurídico único e geral para a prestação dos serviços públicos, para além do núcleo irrenunciável estabelecido pela Constituição.

É preciso evitar que o Poder Judiciário, acolhendo posição doutrinária que já não reflete a complexidade atual do tema, continue a afastar as empresas estatais das normas e das técnicas que justificam a sua criação e utilização. O prosseguimento de tal postura judiciária trará o risco de que ocorra com tais entidades o mesmo fenômeno identificado pela doutrina no surgimento das autarquias, que deixaram de ser os desejados instrumentos simples, flexíveis e eficientes, assumindo no caso em análise o risco de falharem às suas finalidades.<sup>446</sup>

De fato, como observou OSCAR SARAIVA, as autarquias surgiram na organização administrativa brasileira sob um forte contexto de delegação de funções administrativas. Tendo sido proficuamente criadas principalmente nas décadas de 1930 e 1940, traziam consigo as promessas de independência de ação e de liberdade administrativa que as tornavam instrumentos flexíveis e eficientes de ação. Para o autor, porém, “as influências centralizadoras de padronização as alcançaram, tornando em muitos casos sua administração quase tão rígida quanto a do próprio estado” e fizeram desaparecer as razões que motivaram a sua instituição. Nesse sentido, OSCAR SARAIVA

---

<sup>446</sup> PAIVA, Alfredo de Almeida. As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 60, p. 1-15, abr. 1960, p. 15.

aponta que as “autarquias envelheceram precocemente entre nós”. O mesmo destino pode ser evitado no tocante às empresas estatais, desde que seja prestigiado e reconhecido o regime que lhe é peculiar.<sup>447</sup>

#### **4. Do serviço público compreendido como privilégio estatal ao serviço público como obrigação fundada nos direitos fundamentais**

Por fim, no presente tópico, indica-se a superação da forma em que historicamente a doutrina e a jurisprudência compreendem e interpretam o regime jurídico das empresas. A interpretação histórica do instituto tem por consequência a outorga de benefícios e privilégios a essas empresas nas suas relações com terceiros e deixa à margem o debate que efetivamente toca a importância dos serviços públicos, que é o seu conteúdo obrigacional vinculado aos direitos fundamentais.

Como demonstrado no tópico 2 – Capítulo II, o serviço público, na sua origem, associa-se à definição do campo de incidência do direito administrativo e da competência da jurisdição administrativa. A noção de serviço público no direito francês, nesse sentido, como aponta MÔNICA SPEZIA JUSTEN, surge baseada “no legado do período revolucionário, que caracterizava o serviço público pelos seguintes elementos: emanção da *puissance publique* (autoridade do Estado), prestações destinadas ao povo; sujeição ao direito público”.<sup>448</sup>

No Brasil, a incorporação do conceito, à luz do contexto então vigente – no qual não havia, por exemplo, uma jurisdição administrativa<sup>449</sup> – baseou-se predominantemente nos fundamentos configuradores da presença do Estado, na existência de um interesse coletivo e na submissão a um regime jurídico diferenciado, com realce para o caráter autoritário-administrativo.<sup>450</sup> Nesse sentido, como afirma VITOR

<sup>447</sup> SARAIVA, Oscar. Novas Formas de Delegação Administrativa do Estado. **Revista Forense**, n. 100, p.233-235, 1994, p. 233.

<sup>448</sup> JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 59.

<sup>449</sup> MARCELO CAETANO destaca que no Brasil imperial, a intervenção do Conselho de Estado, surgido por influência do direito português e sob o quadro jurídico da Constituição de 1824, era “não só consultiva, como na maior parte dos casos, facultativa”, não tendo se desenvolvido um contencioso administrativo no contexto brasileiro. CAETANO, Marcelo. As garantias jurisdicionais dos administrados no direito comparado de Portugal e do Brasil. **Revista Forense**, v. 210, a. 62, abr. mai. jun. 1965, pp. 9-10.

<sup>450</sup> BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 7, p. 33-51, jan. 1947, p. 39. Em passagem seguinte, ODILON BRAGA acrescenta, sobre a noção de serviço público: “Por efeito dela, o serviço denomina-se «público», não porque seja de utilização do «público» ou de «um público», mas porque pertence ao sistema das atividades do poder público (arts. 1.0, 8.0, e 10.º)”. Idem, ibidem, p. 42.



SCHIRATO, “no Brasil, o serviço público foi identificado como um território de atuação estatal, uma atividade que, por características próprias, estaria sujeita à exploração estatal”.<sup>451</sup>

Em sua evolução, porém, a noção de serviço público, por influência marcante da doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, assentada nos fundamentos da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, direcionou-se mais para conferir ao Estado prerrogativas e privilégios no seu exercício do que efetivamente para o aprofundamento e para a garantia dos serviços públicos sob a ótica do cidadão. Na concepção de BANDEIRA DE MELLO, o elemento essencial dos serviços públicos é o regime jurídico de direito público, como critério de distinção para as demais atividades exploradas pelo Estado.<sup>452</sup>

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (tópico 1.5 – Capítulo II) e a própria controvérsia que deu partida à investigação em curso (tópico 3 – Capítulo II) demonstram que a centralidade dos debates ocorre na extensão de privilégios e benefícios que miram o próprio Estado, na qualidade de empresário, ao postular imunidade tributária, vantagens no regime de bens e de pagamentos, entre outros, com base na posição de supremacia. Historicamente, é quase nula a discussão voltada a um regime especial de direito público para as empresas estatais que prestam serviços públicos sob a ótica de proteção e de garantia para os cidadãos, exceto quando utilizados como mero pretexto para obter o privilégio.

Como bem sintetiza VITOR SCHIRATO, a construção desse regime jurídico de direito público “fez de tal serviço uma prerrogativa do Estado e não um direito dos cidadãos, haja vista que o foco do regime jurídico sempre é visto da perspectiva do Estado, e não dos cidadãos”.<sup>453</sup> O autor destaca ainda que a expressão “regime jurídico de direito público” possui um conteúdo demasiadamente fluido, e é utilizada hodiernamente para as mais diversas situações com significados distintos, dificultando a sua efetiva

---

<sup>451</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 118.

<sup>452</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 670. Os privilégios processuais e materiais da Administração Pública, considerada globalmente, em suas relações com os particulares são apontados por GUSTAVO BINENBOJM como “a matéria-prima básica da qual se nutriu e sobre a qual se erigiu o arcabouço teórico do direito administrativo. Todas, sem exceção, justificadas por remissão ao dito princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 113.

<sup>453</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Op. cit.**, p. 118

compreensão.<sup>454</sup> Essa dificuldade, aliás, conjuntamente com a predominância dos vetores de privilégio e autoridade que marcam historicamente o direito administrativo, fez pender em favor da Administração as interpretações do seu conteúdo.

LUIS S. CABRAL DE MONCADA identificou construção semelhante em Portugal. O autor aponta que a figura do serviço público serviu de justificação para o intervencionismo típico do Estado Social nos diferentes níveis da vida social e econômica, de forma direta ou indireta. Segundo suas observações, o crescimento dos serviços públicos – e do intervencionismo estatal – não foi acompanhado de um reforço proporcional das garantias dos usuários “frente a uma nova Administração tentacular submetida apenas ao controle parlamentar”. O Estado social, nesse sentido, configurou-se como bondoso e maternal para os cidadãos, mas nem por isso menos autoritário e menos inacessível.<sup>455</sup>

Na realidade atual, a perspectiva de que a prestação de serviço público atrai, necessariamente, privilégios e prerrogativas, está em flagrante descompasso com as transformações por que passam o Estado e o direito administrativo, notadamente sob o ângulo dos direitos fundamentais. Nesse sentido também se manifestou LUIS S. CABRAL DE MONCADA, apontando que a doutrina alemã já identificava que a prestação de serviços públicos poderia envolver direitos e interesses de significativa relevância. Relativizava, assim, a tradicional distinção entre Administração repressiva e a Administração prestadora, notadamente em função da emergência do regime constitucional dos direitos fundamentais.<sup>456</sup> Para superar esses fundamentos, MARÇAL JUSTEN FILHO propõe “uma radical modificação no panorama jurídico”.<sup>457</sup> Essa mudança baseia-se no questionamento e na superação da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público como fundamentos do direito administrativo.<sup>458</sup>

<sup>454</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 240

<sup>455</sup> MONCADA, Luis Solano Cabral de. Los servicios públicos esenciales y la garantía de los usuarios. **Documentación Administrativa**, [S.l.], jun. 2011, pp. 287-288.

<sup>456</sup> Idem, ibidem, pp. 291-292. O autor ainda aponta a importância da contribuição do legislador para o aperfeiçoamento e para a concretização da prestação dos serviços públicos e dos direitos fundamentais. Ao citar a Lei portuguesa n. 23/1996, de 26 de julho, aponta o caminho promissor inaugurado pela atuação do legislador ordinário, que consagrou um conjunto de regras que devem reger a prestação dos serviços públicos essenciais sob o enfoque da proteção dos usuários. Idem, ibidem, pp. 295-296.

<sup>457</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 133, p. 128

<sup>458</sup> No mesmo sentido, JUAREZ FREITAS aponta: “cada vez mais no topo do sistema jurídico figuram os princípios e os direitos fundamentais, com especial destaque, no âmbito do Direito Administrativo, para o direito fundamental à boa administração pública”. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

Como debatido no tópico 2.3 – Capítulo II, esses são os fundamentos nucleares na formação não só do direito administrativo brasileiro, mas da própria noção de serviços públicos. Contudo, são conceitos incompatíveis com o paradigma do Estado Democrático de Direito. As mudanças vivenciadas mundialmente e, no Brasil, por força da Constituição de 1988, proporcionam uma profunda mudança na compreensão e legitimação do exercício do poder do Estado, das suas organizações político-institucionais e, principalmente, das garantias e dos direitos fundamentais, de ordem individual e coletiva.<sup>459</sup>

Em outras palavras, significa compreender que a Constituição de 1988 estabeleceu, no Brasil, em aderência a uma realidade vivenciada também em outros ordenamentos, um novo paradigma jurídico-constitucional aplicável às relações entre o Estado e os indivíduos. No novo sistema, destaca-se a garantia dos direitos fundamentais, “seja como direitos fundamentais de proteção da pessoa em relação ao Estado, seja como direitos fundamentais de prestação, exigindo do Estado-Administração que assegure acesso a uma série de bens considerados essenciais a uma vida digna”.<sup>460</sup>

Notadamente sobre a superação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, há diversas e cada vez mais contundentes críticas na doutrina sob a perspectiva do novo paradigma jurídico-constitucional. Em primeiro lugar, para HUMBERTO ÁVILA, reportando-se à teoria de ROBERT ALEXY, sequer poderia ser denominado de um princípio jurídico, pois a sua descrição abstrata não permite uma concretização gradual, sendo a prevalência a única possibilidade. Acrescenta ainda o autor, entre outros fundamentos, que a “sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o interesse público deve ter maior peso relativamente ao interesse particular, sem que diferentes opções de solução e uma máxima realização das normas em conflito (e dos interesses que elas resguardam) sejam ponderadas”.<sup>461</sup>

Especificamente quanto à impossibilidade de que a supremacia do interesse público corresponda a um dos fundamentos do regime jurídico a que Administração Pública está submetida, HUMBERTO ÁVILA destaca a incompatibilidade na justificação do

---

<sup>459</sup> OLIVEIRA, M.; MELO, L. C. O perfil da Administração Pública no século XXI: uma releitura à luz dos direitos fundamentais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 5, n. 2, p. 97-118, 31 jul. 2018, p. 100.

<sup>460</sup> Idem, ibidem, p. 101.

<sup>461</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 184-185.

direito administrativo com base em uma regra de prevalência, ainda que abstrata, diante da circunstância de que a ação estatal é voltada tanto para interesses públicos quanto para interesses privados.<sup>462</sup>

Sobre o tema, GUSTAVO BINENBOJM, afirma que “um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia”.<sup>463</sup> No mesmo sentido, BRUNO FISCHGOLD também defende que a supremacia do interesse público, “que sequer consubstancia um princípio jurídico, não pode ser vista como elemento normativo integrante do direito administrativo brasileiro”.<sup>464</sup> Ainda para esse autor, alguns institutos classicamente fundamentados no princípio da supremacia do interesse público, quando devidamente analisados, não guardam relação com essa norma de prevalência.

Em especial, no tocante às prerrogativas materiais e processuais da Administração – e entre as quais podem ser apontadas a imunidade tributária, a impenhorabilidade de bens, entre outras, decorrentes do regime jurídico de direito público que é imposto às empresas estatais – BRUNO FISCHGOLD destaca que a sua justificação em um regime jurídico de direito público com o fundamento basilar na supremacia do interesse público pode levar à grave compreensão de que se possa identificar o público com o estatal, ainda que mesmo a doutrina tradicional defenda essas prerrogativas sob o aspecto da sua instrumentalidade.<sup>465</sup>

Em qualquer caso, essa realidade é reveladora, conforme os apontamentos de GUSTAVO BINENBOJM, do fato de que a temática dos direitos fundamentais, tão importante na teoria do direito constitucional, nunca alcançou prestígio idêntico no domínio do direito administrativo. Conforme as lições do autor, “em seu contraditório percurso histórico, o direito administrativo erigiu institutos muito mais voltados à lógica da autoridade do que à lógica da liberdade”, tal qual o conceito de serviços públicos, tendo o tema apenas recentemente recebido atenção da doutrina administrativista brasileira.<sup>466</sup>

---

<sup>462</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 207-209.

<sup>463</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 102.

<sup>464</sup> FISCHGOLD, Bruno. **Direito Administrativo e Democracia: a inconstitucionalidade do princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 136.

<sup>465</sup> Idem, ibidem, p. 139.

<sup>466</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Op. cit.**, p. 71-72.

Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO defende que a atividade administrativa do Estado Democrático de Direito é subordinada a um critério fundamental que é anterior à supremacia do interesse público: a supremacia e a indisponibilidade dos direitos fundamentais.

Para o autor, o interesse público deve ser compreendido como o resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito, afastando-se assim qualquer caráter predeterminado que seja apto a qualificar o interesse como público – tal qual a invocação da qualidade do titular ou a natureza da atividade a ser prestada. Segundo as suas lições, “o processo de democratização conduz à necessidade de verificar, em cada oportunidade, como se configura o interesse público”, tendo-se presente que, “em todos os casos, tal se dá por meio da intangibilidade dos valores relacionados aos direitos fundamentais”.<sup>467</sup> Esses fundamentos, aponta ainda, estão associados a uma revisão de pressupostos e formas de abordagem do direito administrativo, notadamente à luz da realidade do pouco relevo conferido até à Constituição de 1988 à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais como valores fundamentais.

Isso significa, portanto, reconhecer que a Administração Pública não é um fim em si mesma e o seu núcleo não é o poder e os seus consectários, mas sim a própria realização de direitos fundamentais, evitando-se invocações genéricas do interesse público. Nesse sentido, a construção do regime de direito administrativo é voltada a instrumentalizar esse poder à satisfação de necessidades coletivas.<sup>468</sup>

<sup>467</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 133.

<sup>468</sup> Idem, ibidem, pp. 134-135. Sob uma ótica que defende que a contraposição em tela deve ceder frente a uma descrição e explicação do direito administrativo que incorpore a multiplicidade das relações administrativas, também definidas pelo autor como relações jurídicas multipolares, HUMBERTO ÁVILA aponta que o caminho ainda a ser descoberto pela doutrina do direito administrativo “é justamente explicar o seu objeto — Direito Administrativo brasileiro — tendo em vista as normas de Direito Administrativo decorrentes de novas figuras até então inexistentes, sobretudo em consideração àquelas relações jurídicas que não envolvem estritamente uma contraposição entre interesse público e privado: administração cooperativa e Estado cooperativo (decorrência da privatização de serviços públicos ou mesmo da necessidade de fiscalização e cooperação em novas áreas como meio ambiente, saúde pública, comunicações, telefonia, correios, mídia eletrônica, as quais não revelam tanto relações antinômicas, mas uma coordenação recíproca entre vários interesses), novos conceitos basilares do Direito Administrativo (resultado da modificação de titulares dos serviços: como fica a *definição de serviço público* sem ter como titular o Estado, como fica a proteção de *interesses* numa sociedade pluralista e diversificada), Direito Administrativo multipolar (decorrência dos vários interesses envolvidos: individuais, sociais, de grupos, etc.).” ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 209-210. Sobre as relações jurídicas multipolares no direito administrativo, cfr. MARQUES, Francisco Paes. **As relações jurídicas administrativas multipolares: contributo para a sua compreensão substantiva**. Coimbra: Almedina, 2011.

VITOR SCHIRATO também defende que, à luz do conteúdo dos textos constitucionais da segunda metade do século XX, o elemento definidor das finalidades estatais “é o conjunto de direitos fundamentais consagrado no texto constitucional”.<sup>469</sup> Para o autor, qualquer atuação do Estado deve ser analisada sob o ângulo dos direitos fundamentais, por serem os elementos definidores das prerrogativas criadas em favor dos indivíduos e das obrigações impostas ao Estado. Nesse sentido, destaca que o fundamento dos serviços públicos são os direitos fundamentais, como obrigação estatal, conforme dever imputado pelo artigo 175 da Constituição de 1988.<sup>470</sup>

Portanto, com base nessas compreensões, conclui-se que não se pode mais conceber o regime jurídico incidente sobre a prestação de serviços públicos com base em um conjunto de privilégios voltado ao próprio órgão prestador, como *longa manus* do Estado, construído sobre uma compreensão que se assenta, na origem, nos postulados da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. É preciso que o regime jurídico incidente sobre a prestação dos serviços públicos passe a ser pautado pelos direitos fundamentais que justificam o seu exercício, de forma proporcional e efetiva, seja com fundamento na própria norma de direito fundamental estabelecida pela Constituição, seja a partir da legislação ordinária editada em função desses direitos fundamentais.<sup>471</sup>

Sob uma perspectiva de aperfeiçoamento do tema, a adoção da expressão “regime jurídico de serviço público” proporciona mais precisão do que a expressão “regime jurídico de direito público”, conduzindo o intérprete a elementos antes embotados na dicotomia que opõe “serviços públicos” a “exploração de atividades econômicas”.

Nesse sentido, ainda, deve-se compreender os serviços públicos não mais como uma prerrogativa do Estado, uma qualidade que atribui ao Estado privilégios e benefícios, mas como uma obrigação do Estado que deve ser cumprida nos termos do regime jurídico compatível com as peculiaridades da atividade exercida em prol do atendimento dos direitos dos cidadãos.<sup>472</sup> Essa compreensão decorre da constatação de que inexiste

<sup>469</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 98. Cfr. também, nesse sentido, BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 72.

<sup>470</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Op. cit.**, pp. 100-104.

<sup>471</sup> MONCADA, Luis Solano Cabral de. Los servicios públicos esenciales y la garantía de los usuarios. **Documentación Administrativa**, [S.l.], jun. 2011, pp. 293-295.

<sup>472</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Op. cit.**, p. 121.

correlação direta entre os serviços públicos e qualquer forma de prerrogativa ou privilégio.

Significa compreender, portanto, que a norma do artigo 175 incumbe ao Estado prestar os serviços públicos, de forma direta ou por meio de concessionário ou permissionário – nesse caso submetidas a um regime legal específico que disponha sobre “o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão”.<sup>473</sup> E, além disso, estabelece que deverá haver disposição legal sobre o direito dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado.<sup>474</sup>

Observa-se, dessa forma, que do conteúdo do artigo 175 decorrem apenas obrigações e deveres do Estado na prestação do serviço e nas condições em que será prestado, sem criar, ainda que de passagem, um regime de privilégios em favor do Estado na prestação dos serviços públicos. Portanto, compreendido que na ordem constitucional inaugurada em 1988 os direitos fundamentais são o fundamento de legitimidade do agir administrativo, e diante da incumbência conferida ao Estado na prestação dos serviços públicos, os serviços públicos devem ser entendidos como forma de realização do interesse público – uma obrigação do Estado. Há, nesse sentido, um vínculo de natureza direta e imediata entre os direitos fundamentais e os serviços públicos, inclusive a ponto de se concluir que, se esse vínculo não estiver configurado, não se está diante da prestação de um serviço público.<sup>475</sup>

Esse deslocamento da concentração dos atributos do regime jurídico da prestação de serviço público do *Estado para o cidadão*, em função da compreensão de que o fundamento da sua prestação está assentado nos direitos fundamentais e não em postulados que pregam a supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade,

---

<sup>473</sup> Que já está editada e corresponde à Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

<sup>474</sup> Somente vinte e nove anos após a promulgação da Constituição é que a lei sobre o direito dos usuários de serviços públicos foi editada – Lei n. 13.460, de 26 de junho de 2017. A excessiva demora nessa regulamentação impôs aos cidadãos brasileiros profunda lacuna no direito a um serviço público adequado, tendo ocorrido também poucas conquistas no Poder Judiciário (cfr. nota de rodapé seguinte). Para as empresas estatais, sob o ponto de vista de benefícios e privilégios na sua relação com terceiros, por outro lado, como demonstrado na investigação, vivenciou ambiente muito mais favorável.

<sup>475</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 480. Nesse ponto, inclusive, é sintomático da realidade ora analisada que, há pelo menos duas décadas com grande vigor, às empresas estatais são garantidos benefícios e privilégios pela jurisprudência nacional. Para os cidadãos usuários dos serviços públicos, porém, as atuações jurisdicionais se destacaram apenas no reconhecimento da relação consumerista na prestação dos serviços, tendo sido editada a lei menciona no artigo 175, parágrafo único, inciso II, apenas em 2017. Para um exemplo de precedente judicial que garantiu a aplicação do Código de Defesa do Consumir, cfr. Recurso Especial n. 1.595.018/RJ (Rel. Ministro Humberto Martins, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, julgado em 18/08/2016).

oportuniza um horizonte inteiramente novo para a compreensão da atuação e do regime das empresas estatais.

Contudo, para que sejam evitadas interpretações de conveniência ou baseadas em argumentos extra-normativos,<sup>476</sup> nesse novo horizonte, a relação entre os direitos fundamentais e a atuação da Administração Pública deverá ser observada e interpretada com rigor e método, de modo que o regime incidente sobre a atuação empresarial da Administração Pública seja analisado de uma forma racional e viabilize a criação de proposições verdadeiras e sustentáveis argumentativamente.<sup>477</sup>

Nesse sentido, inclusive, conforme as lições de DAVID DUARTE, os direitos fundamentais devem ser compreendidos como normas de condutas constitucionais agrupadas com referência à dignidade da pessoa humana. Embora constituam uma área do ordenamento marcadamente caracterizada pela carga emotiva, decorrente do que está na base da sua consagração normativa e que “se reconduz a todo o legado progressivamente criado em torno dos direitos do homem, em especial no que diz respeito à sua proteção perante o exercício do poder público”,<sup>478</sup> as normas de direitos fundamentais são normas como as outras, no sentido de que possuem a mesma estrutura e as mesmas propriedades, e se autonomizam, como categoria, em função “de serem normas constitucionais (como ponto de partida), normas de conduta e, dentro destas, normas que, de alguma forma, regulam ações com referência à dignidade da pessoa humana”.<sup>479</sup>

Para a temática dos serviços públicos, especificamente, destacam-se os direitos sociais como normas de direitos fundamentais de imposição. São, essencialmente, imposições ao Estado ou a terceiros para agir, que passam quase necessariamente pela função administrativa. Sua marca distintiva resulta da assunção de tarefas de cunho econômico e social no contexto pós-Estado Liberal. Como normas que implicam o exercício de uma ação, diversas questões se colocam, tanto quanto a conflitos com outras

---

<sup>476</sup> Isto é, para evitar que as atuações e as interpretações arbitrárias, antes fundamentadas no princípio da supremacia, apenas encontrem um novo fundamento, dessa vez na amplitude e na abertura da forma como muitas vezes são concebidos os direitos fundamentais.

<sup>477</sup> DUARTE, David. **A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 869.

<sup>478</sup> Idem, ibidem, p. 727. Essa carga emotiva, porém, deve ser afastada, “por uma necessidade científica básica, cujo ponto de partida se encontra, desde logo, na simplificação relativa à apreensão dos seus conteúdos, através da igualização destas normas relativamente às restantes (...) o que decorre, tão só, de se tratar de normas que, no que concerne a essa qualidade, em nada divergem das demais”. Idem, ibidem, pp. 728-729.

<sup>479</sup> Idem, ibidem, p. 936.



normas – hipótese, por exemplo, dos custos associados à ação e à norma de reserva econômica – como a dos sujeitos diretos das suas estatuições, de todo modo viabilizando uma nova forma de compreender o regime jurídico dos serviços públicos e, por consequência, do regime jurídico das empresas estatais que atuam nesse domínio.

Nessa perspectiva, passa-se a não haver mais a definição *a priori* de privilégios do regime de direito público, que, se vierem a ser concedidos, deverão ter fundamento legal ou justificação nos direitos fundamentais em questão, em qualquer caso na medida estritamente proporcional à finalidade almejada na prestação do serviço.<sup>480</sup> Em conclusão, a reflexão proposta volta-se à construção e consolidação de uma Administração Pública cada vez mais democrática e plural, com os seus valores cada vez mais associados aos vetores fundamentais da ordem constitucional.

---

<sup>480</sup> Naturalmente que, nos termos da proposta efetuada, por ser um tema de fronteira, um grande campo de análises e reflexões se abre, notadamente, como apontado por VIEIRA DE ANDRADE, quanto a questões como quando a Administração estará vinculada pelos direitos, liberdades e garantias enquanto entidade pública, seja na utilização de direito privado para consecução de interesses públicos, seja na própria realização de tarefas administrativas por particulares. Além disso, também é de se colocar o problema do modo como a atividade da Administração Pública está subordinada aos direitos fundamentais. Tradicionalmente, essa vinculação aos direitos fundamentais era assegurada através do princípio da legalidade. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 220-228.

## CONCLUSÃO

A presente investigação se propôs a analisar a constitucionalidade do artigo 1º da Lei n. 13.303/2016, que estabelece o regime jurídico das empresas estatais brasileiras, independentemente da natureza da atividade exercida. A pesquisa evidenciou que o debate sobre a inconstitucionalidade desse dispositivo desvela uma concepção doutrinária e jurisprudencial que opõe o regime jurídico incidente sobre a prestação de serviços públicos ao regime jurídico incidente sobre a exploração de atividades econômicas.

Foi demonstrado que essa dicotomia na identificação das atividades a serem exercidas pelas empresas estatais, para a identificação da incidência do regime de direito público ou do regime de direito privado, é baseada em fundamentos incompatíveis com a realidade atual do Estado e da Administração Pública.

Para além do aumento da complexidade da atuação estatal no domínio econômico, já inconcebível em um esquema dicotômico de compreensão do seu regime jurídico, demonstrou-se que a concepção de fundo que motiva a arguição de inconstitucionalidade da lei baseia-se em premissa que não se coaduna com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Notadamente, baseia-se, na origem, na visão de que o agir administrativo é concebido na supremacia do interesse público e na indisponibilidade do interesse público. Como consequência, todo o regime jurídico de prestação dos serviços públicos é interpretado sob a ótica de privilégios e de autoridade estatal, à míngua da sua efetiva prestação com assento nos direitos fundamentais e foco no serviço prestado aos cidadãos. Essa realidade irradia os seus efeitos para as empresas estatais, tolhendo a Administração de uma opção legítima de agir conferida pela Constituição e premente os dias atuais, em que se identifica um Estado cada vez mais plurirrelacionado, complexo e veloz.

No percurso para a identificação e compreensão desses vetores, o estudo estabeleceu os fundamentos da intervenção estatal no domínio econômico, desde a sua concepção como consectário de uma ordem estabelecida pela Constituição Econômica do Estado brasileiro até a realidade identificada na atualidade, após notadamente as intensas transformações ocorridas desde a década de 1980. Em aprofundamento, a investigação debruçou-se sobre o contexto histórico-normativo das empresas estatais no Brasil, demonstrando a sintomática ausência de uma sistematização jurídico-institucional do seu regime jurídico e o seu surgimento e expansão no ordenamento brasileiro muito mais por razões pragmáticas do que de ordem ideológica. A partir dessa constatação, o estudo

apresentou os argumentos que informam a construção doutrinária da dicotomia em debate e sua progressiva disseminação na doutrina nacional e na jurisprudência. Em seguida, demonstrou-se como a crise do conceito de serviço público irradia os seus efeitos também na identificação do regime jurídico das empresas estatais, a partir de uma compreensão que expôs os principais fundamentos adotados a realidade vivenciada no direito comunitário europeu e em Portugal.

Essas questões foram relacionadas com a realidade normativa estabelecida pela Constituição brasileira de 1988, notadamente no seu artigo 173 e no seu artigo 175, permitindo o devido posicionamento dos argumentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade no quadro normativo, doutrinário e jurisprudencial existente. Em especial, a julgar pelo posicionamento desses últimos, a partir dos fundamentos hoje predominantes e expostos no estudo, é possível deduzir a elevada probabilidade de que o artigo 1º da Lei n. 13.303/2016 seja declarado inconstitucional, sob o fundamento de que suas disposições são excessivamente abrangentes e não poderem dispor sobre o regime de outras empresas estatais que não aquelas exploradas de atividade econômica em sentido estrito.

No Capítulo III, porém, a investigação conclui em sentido contrário: o artigo 1º da Lei n. 13.303/2016 é constitucional e desvela, a um só tempo, não só a disfuncionalidade e a anacronicidade da dicotomia consagrada pela doutrina tradicional e pela jurisprudência, mas também que seja dada partida a novos ângulos de enfrentamento e compreensão do regime jurídico das empresas estatais.

Nesse sentido, o estudo propôs três reflexões com o intuito de contribuir para que a compreensão do regime jurídico dessas empresas passe a encontrar assento em novas bases, alinhadas à contemporaneidade e ao paradigma democrático atual.

A primeira diz respeito à superação da dicotomia que opõe os serviços públicos às atividades de exploração de atividade econômica como critério primordial de identificação do regime das estatais, a partir do entendimento de que está ultrapassada a ideia de que o direito privado e o direito público seriam verdadeiros conceitos *a priori*, ocorrendo progressivamente uma assimilação, por parte do segundo, dos meios próprios do primeiro. Conclui-se, nesse sentido, que há uma perda de nitidez na distinção, tal qual tradicionalmente concebida, e que há um movimento de compenetração desses dois domínios, a partir da sua aproximação e interligação, que dificultam a realização de distinções em termos estanques e dicotômicos.

A segunda proposta assenta-se na seguinte compreensão: i) a jurisprudência do STF, com base na doutrina tradicional, passou a extrair diretamente da Constituição os fundamentos que justificariam a aplicação de um regime jurídico de direito público às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, com base unicamente na interpretação da Corte sobre o tema, assentada sobre conceitos imprecisos e cambiantes; ii) a análise dos enunciados normativos referentes aos artigos 173 e 175 demonstrou inexistir norma que ampare – ainda que incidentalmente – a atribuição às empresas estatais de privilégios e benefícios exclusivos das pessoas jurídicas de direito público; iii) a dicotomia “serviços públicos” *versus* “exploração de atividades econômicas” perdeu a sua capacidade de definir o regime jurídico das empresas estatais; e iv) o legislador ordinário, de forma consentânea com a Constituição de 1988, optou por um modelo de regime jurídico para as empresas estatais que aproxima o regime jurídico de todas elas sem, contudo, ignorar que poderá haver diferenças em virtude da atividade desempenhada, exigindo nesse caso expressa justificação em lei ou em outros atos. Dessa forma, inevitavelmente, sob pena de vaticinar o ocaso da atuação empresarial do Estado – notadamente na prestação de serviços públicos, mas com efeitos que podem se expandir – aponta-se que o Poder Judiciário deve deixar de ser o protagonista na construção do regime jurídico das empresas estatais e, atuando excepcionalmente para a garantia e aplicação de direitos fundamentais, passe a conferir prestígio à opção administrativa pela atuação na forma empresarial e à legislação respectiva.

Por fim, a investigação propôs que o regime jurídico incidente sobre a prestação do serviço público abandone a sua concepção fundamentada nos princípios da supremacia do interesse público e no da indisponibilidade do interesse público, voltado, assim, aos privilégios estatais, para ser compreendida como uma obrigação fundada nos direitos fundamentais. Para que sejam evitadas interpretações de conveniência ou baseadas em argumentos extra-normativos, que antes eram fundamentadas no princípio da supremacia do interesse público e, nesse novo quadro, poderiam adotar novos fundamentos dessa vez escorados na amplitude e na abertura da forma como muitas vezes são concebidos os direitos fundamentais, o regime incidente sobre a atuação empresarial da Administração Pública deverá ser interpretado com rigor e método, com a obrigação de que o seu objeto seja analisado de uma forma racional que viabilize a criação de proposições verdadeiras e sustentáveis argumentativamente.

O trabalho desenvolvido, explorando os fundamentos sobre os quais repousam a atuação empresarial do Estado e as mudanças vivenciadas pela Administração Pública,

objetivou contribuir para o estudo do tema oferecendo novas bases para a compreensão do regime jurídico das empresas estatais e a consequente constitucionalidade da opção manifestada pelo legislador no artigo 1º da Lei n. 13.303/2016. Tais bases são entendidas como capazes de oferecer um novo e amplo horizonte para a utilização, pela Administração Pública, de empresas estatais e inauguram profícuos campos de análise e reflexão para o tema, que não foram desenvolvidos de forma aprofundada na investigação em virtude dos limites decorrentes do problema posto.

Nesse sentido, a importância do estudo se assenta na superação de uma visão doutrinária e jurisprudencial bastante arraigada, em busca de uma visão contemporânea para o regime jurídico das empresas estatais na qual, a partir da sua reformulação estrutural, venha a assumir na plenitude possível a sua função social.

Tal relevância se mantém mesmo diante de uma perspectiva que aponta pela possível declaração de inconstitucionalidade da lei, considerada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e ainda a ampla aceitação da doutrina tradicional sobre o tema. A investigação se propôs a demonstrar que a opção legal de estabelecer as disposições do estatuto jurídico a todas as empresas estatais, independentemente da natureza da atividade exercida, embora seja uma solução heterodoxa – especialmente diante do histórico normativo dessas entidades no direito brasileiro – é uma opção legítima. Com efeito, materializa uma expectativa de que a atuação do empresarial do Estado encontre balizas e instrumentos consonantes com o paradigma atual e com as necessidades de uma Administração Pública que muito se alterou nas últimas décadas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique. A questão da empresa estatal - economia, política e interesse público. **RAE-Revista de Administração de Empresas**, [S.l.], v. 19, n. 4, p. 95-105, out. 1979.

\_\_\_\_\_. A empresa pública como agente de políticas do estado: fundamentos teóricos do seu papel, inclusive em face de nossas relações com o exterior. In: **A Empresa pública no Brasil: uma abordagem multidisciplinar**. Brasília, Ipea Semor, 1980.

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan. 2014.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2011

ALCÁZAR, Mariano Baena del. **La estructura administrativa del Estado Contemporáneo: Lección inaugural del curso académico 1976-77 en el Colegio Universitario San Pablo (C.E.U.)**. Madrid: Fundación Universitaria San Pablo-CEU, 1976.

ALCÁZAR, Mariano Baena de. Sobre el concepto de fomento. **Revista de administración pública**, n. 54, set/dez de 1967.

ALFONSO, Luciano Parejo. Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros. In: SALGADO, David Cinfuegos; LOZANO, Luis Gerardo (coord.). **Actualidad de los servicios públicos em Iberoamérica**. México D. F: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Lecciones de Derecho Administrativo**. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

ALMEIDA, Lucila Gabriel de. **As duas faces da Petrobrás: a persistente dinâmica da empresa estatal no arranjo institucional brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) - FGV - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

AMORIM, João Pacheco de. **As Empresas Públicas no Direito Português** (em especial, as empresas municipais). Coimbra: Almedina, 2000.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Considerações sobre as relações do Estado e do direito na economia. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 49, janeiro/fevereiro/março de 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. 3. ed. London: Laccademia Publishing, 2015.

\_\_\_\_\_. O objeto do estatuto jurídico das estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ATALIBA, Geraldo. Empresas estatais e regime administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 4, p. 55-70, 1993.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições Brasileiras: 1946**. 3º ed. Brasília: Senado Federal, 2012. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 5).

BALOG, Nicola. A organização administrativa das empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 87, p. 35-51, jul. 1967.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes. **Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016**. Salvador: Editora JusPodvm, 2018.

BARNES, Javier. **Transformaciones (científicas) del derecho administrativo - Historia y retos del Derecho Administrativo contemporáneo**. Sevilla: Editorial Derecho Global – Global Law Press, 2011.

BARRETO FILHO, O. Formas jurídicas da empresa pública. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 72, n. 1, p. 398-409, 1 jan. 1977.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out. 2001.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012.

BEDONE, Igor Volpato. **Releitura da dicotomia serviço público vs. atividade econômica como critério definidor do regime jurídico das empresas estatais à luz da Lei n.º 13.303/2016**. 2017. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BEZERRA, Helga Maria Sabóia. As transformações da noção de serviço público na União Européia: o serviço de interesse geral do Tratado de Lisboa. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 32, p. 104-133, jan/jun 2008.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Disposições de caráter geral sobre licitações e contratos na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016). In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BONFIM, Natália Bertolo. O interesse público nas sociedades de economia mista. 2012. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

BORGES, Alice Gonzalez. O estatuto jurídico das empresas estatais na Emenda Constitucional nº 19/98. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 1-12, jul. 1999.

BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 7, p. 33-51, jan. 1947.

\_\_\_\_\_. Serviços públicos concedidos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 8, abr. 1947.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Câmara da Reforma do Estado. Brasília: Mare, 1995.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A crise financeira global e depois: um novo capitalismo?. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 86, p. 51-72, Mar. 2010.

CAETANO, Marcelo. As garantias jurisdicionais dos administrados no direito comparado de Portugal e do Brasil. **Revista Forense**, v. 210, a. 62, abr. mai. jun. 1965.



CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARNEIRO, Erymá. **As autarquias e as sociedades de economia mista no Estado Novo**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa e Propaganda, 1941.

CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. Revisitando o Regime Jurídico das Empresas Estatais Prestadoras de Serviço Público. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (org). **Direito Administrativo Empresarial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos. El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción). **Revista de administración pública**, ISSN 0034-7639, n. 140, 1996.

\_\_\_\_\_. **Derecho Administrativo**. Tomo I. 6ª ed. Editorial Lexis Nexis: Buenos Aires, 2006.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas: Saberes Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. **Derecho Administrativo**: Historia y futuro. Sevilla (España): Global Law Press; Instituto Nacional de Administración Pública, 2014b.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. v.2. 5. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964.

\_\_\_\_\_. Empresas públicas e sociedades de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 128, p. 1-26, jan. 1977.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COTRIM NETO, A. B. Teoria da empresa pública de sentido estrito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 122, p. 21-56, dez. 1975.

CRETELLA JÚNIOR, José. Regime jurídico das empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 106, p. 62-80, out. 1971.

\_\_\_\_\_. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CYRINO, André. Análise econômica da constituição econômica e interpretação institucional. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.-Dez.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DUARTE, David. **Procedimentalização, Participação e Fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996.

\_\_\_\_\_. **A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória**. Coimbra: Almedina, 2006.

EHMKE, Horst. Economía y constitución. Trad. Miguel Azpitarte Sánchez. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Ano 3, n. 5, 2006.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão).

\_\_\_\_\_. Natureza jurídica da atividade desenvolvida pelos estabelecimentos particulares de ensino, à luz de uma conceção funcional de serviço público de educação. In: **Estudos em Homenagem ao Senhor Professor Doutor Sousa Franco**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. **Organização Administrativa da Saúde - Relatório Sobre o Programa**, os Conteúdos e os Métodos de Ensino. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_; MACIERINHA, Tiago. **Direito da Saúde. Lições**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

FALLA, Fernando Garrido. ¿Réquiem por el servicio público? **Cuenta y razón**, n. 116, 2000.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. Formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 2001.

FARIAS, Sara Jane Leite de. Evolução histórica dos princípios económicos da Constituição. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (Coord.). **Direito Empresarial Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy. **Revista de Administración Pública**. N. 150, septiembre/diciembre 1999.

\_\_\_\_\_. Empresa pública y servicio público: el final de una época. In: SALGADO, David Cinfuegos; LOZANO, Luis Gerardo (coord.). **Actualidad de los servicios públicos em Iberoamérica**. México D. F: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves de. Empresa pública - Sociedade de economia mista - Princípio da igualdade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 144, p. 191-202, jan. 1981.

FERRAZ, Luciano. Poder Público e Terceiro Setor: considerações acerca do dever de licitar e anteprojeto de lei da nova organização administrativa brasileira. **Biblioteca Digital Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 63, nov./dez. 2010.

FIDALGO, Carolina Barros. **O Estado empresário**: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado. São Paulo: Almedina, 2017.

FISCHGOLD, Bruno. **Direito Administrativo e Democracia**: a inconstitucionalidade do princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **História do Banco do Brasil**: (história financeira do Brasil desde 1808 até 1951). Rio de Janeiro: Banco do Brasil, 1979. 5 v.

FRANCO, António Luciano de Sousa. **Noções de direito da economia**. v. I. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982-1983.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Organização e mecânica administrativa das empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 104, p. 49-75, out. 1971.

FRAZÃO, Ana. Victor Nunes Leal e a intervenção do Estado na economia em prol da livre concorrência. In: **A contemporaneidade do pensamento de Victor Nunes Leal**. Instituto Victor Nunes Leal (org.). São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **A função social das estatais**. Texto publicado em 19 de abril no portal Jota. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-funcao-social-das-empresas-estatais-19042017>. Acesso em 11 mar. 2019.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GALVÃO, Vera. Realidade jurídica atual da empresa pública brasileira. **R. Inf. legisl.** Brasília, a. 19, n. 74, abr./jun. 1982.

GIANNINI, Massimo Severo. I pubblici poteri negli stati pluriclasse. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**. v. 29, n. 2/3, pp. 389-404, 1979.

GIL, José Luis Meilan. El servicio público en el contexto constitucional y comunitário. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**. Nº 9, 2005.

GOBETTI, Sérgio Wulff. Estatais e ajuste fiscal: uma análise da contribuição das empresas federais para o equilíbrio macroeconômico. **Econ. soc.**, Campinas, v. 19, n. 1, p. 29-58, Apr. 2010.

GONÇALVES, Pedro, **Entidades Privadas com Poderes Públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2005.

GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**. Tomo 8. 1. ed. Buenos Aires: FDA, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GROTTI, Dinorá. Serviços públicos e os diferentes regimes de prestação. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). **A regeneração da administração pública: Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo NATAL 2016**. Curitiba: Íthala, 2007.

GUERRA, Sérgio. **Organização administrativa brasileira: quadro atual e propostas acerca da estruturação de entidades vocacionais ao desenvolvimento de políticas de estado, não subordinadas ao poder público central**. Tese (Pós-Doutorado em Administração) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Rio de Janeiro, 2011.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. A TEORIA DA EMPRESA NO NOVO DIREITO DE EMPRESA. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 5, mar. 2010.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HORTA, Raul Machado Horta. Estudos de direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JAPPUR, José. Declínio das autarquias. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 127, p. 34-41, jan. 1977.

JESUS, Isabela Bonfá de. **Manual de Direito Tributário** (livro eletrônico). Coord. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. O serviço público na perspectiva do direito comunitário europeu. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jan. 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. Empresas Estatais e a Superação da Dicotomia Prestação de Serviço Público/ Exploração da Atividade Econômica. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Org.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antonio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. A Lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária em empresas privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. A constitucionalidade da Lei 13.303/2016: a distinção entre sociedades estatais “empresárias” e “não empresárias”. In: **Revista Eletrônica da PGE RJ**, v. 1, n. 1, 2018.

KLIASS, Paulo. O Debate sobre a atuação empresarial estatal no país: principais argumentos. In: **Boletim de Análise Político-Institucional**, n.15, jul.-Dez. 2018. Brasília: Ipea, 2011-Semestral.

LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. V. I. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

LIMA, Thereza Helena S. de Miranda. Isenções fiscais concedidas a empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 130, p. 407-424, jan. 1977.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. A atuação econômica estatal direta: hipóteses e regimes jurídicos (a propósito dos arts. 173 e 175 da Constituição da República). **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 163- 200, abr./jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

\_\_\_\_\_. "Monopólio" e "serviço público" nas constituições brasileiras (1891-1934). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47-93, jan. 2011.

MACHETE, Rui. A evolução do conceito de serviço público e a natureza das relações entre concessionário ou autorizado e o utente. In: **Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor João Lumbrales**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes, in SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo, Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. **Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010.

\_\_\_\_\_. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Licitação nas empresas estatais – os desafios do novo regime das licitações na lei das empresas estatais (Lei nº 13.303/2016). In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARQUES, Francisco Paes. **As relações jurídicas administrativas multipolares: contributo para a sua compreensão substantiva**. Coimbra: Almedina, 2011.

MARTINS, Renata de Abreu. **Regime licitatório constitucional das empresas estatais: análise de constitucionalidade do tratamento homogêneo estabelecido pela Lei Federal n. 13.303/2016**. 2018. 140 f. Dissertação (Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. Serviço público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, p. 100-113, jul. 1992.

\_\_\_\_\_. Nova crise do serviço público? In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). **Estudos de direito constitucional** – em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1979.

\_\_\_\_\_. Natureza essencial das sociedades mistas e empresas públicas: consequências em seus regimes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 159, p. 1-9, jan. 1985.

\_\_\_\_\_. Sociedades mistas, empresas públicas e o regime de direito público. **Fórum Administrativo: Direito Público**, Belo Horizonte, v. 2, n. 17, jul. 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Aspectos constitucionais do regime jurídico das empresas estatais. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo. **O regime jurídico do setor postal: desafios contemporâneos e perspectivas para o setor**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MODESTO, Paulo. **Anteprojeto de Nova Lei de Organização Administrativa: Síntese e Contexto**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 27, julho/agosto/setembro de 2011.

\_\_\_\_\_. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 539.

MONCADA, Luís Solano Cabral de. Los servicios públicos esenciales y la garantía de los usuarios. **Documentación Administrativa**, [S.l.], jun. 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito Económico**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

MONCH, Maria da Conceição do Amaral. As sociedades de economia mista e as empresas públicas: controle e responsabilidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 127, p. 569-614, jan. 1977.

MOREIRA, Vital. **Economia e constituição**: para o conceito de constituição económica. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974.

\_\_\_\_\_. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, agosto/setembro/outubro 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MUKAI, Toshio. **O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

MUNIZ, Alvaro A. Caminha. **A empresa pública no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A., 1972.

NOGUEIRA, Otaciano. **Constituições brasileiras: 1824**. 3. ed. Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, v. I.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NORONHA, João Otávio; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto. **Estatuto jurídico das estatais: Análise da Lei Nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NÖRR, Knut Wolfgang. Economic constitution: on the roots of a legal concept. **Journal of Law and Religion**, vol. 11, n. 1 (1994-1995).

OLIVEIRA, M.; MELO, L. C. O perfil da Administração Pública no século XXI: uma releitura à luz dos direitos fundamentais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 5, n. 2, p. 97-118, 31 jul. 2018.

ORTIZ, Gaspar Arino. **Economia y Estado: Crisis y Reforma do Sector Público**. Madri: Marcial Pons, 1993.

\_\_\_\_\_; CUETARA, J. M. de La; LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. Martinez. **El nuevo servicio público**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

OTERO, Paulo. **Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

\_\_\_\_\_. Legalidade e Administração Pública: **O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito administrativo**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2016.

PAIVA, Alfredo de Almeida. As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 60, p. 1-15, abr. 1960.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 133-149, jul. 1989.

PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-15, abr. 1953.

PINTO, Henrique Motta. **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?** 2010. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.



\_\_\_\_\_. A autarquização das empresas estatais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um obstáculo para as reformas na administração pública. **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, [S.l.], v. 15, n. 57, jul. 2010.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **O Estado como acionista controlador**. Tese (Doutorado em direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 516, 2009.

QUADROS, Fausto de. **A nova dimensão do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1999.

RAIMUNDO, Miguel Assis. **As empresas públicas nos tribunais administrativos**: contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2007.

REBOLLO, Luis Martín. Sobre el nuevo concepto de servicio público en europa y sus posibles implicaciones futuras. In: SALGADO, David Cinfuegos; LOZANO, Luis Gerardo (coord.). **Actualidad de los servicios públicos em Iberoamérica**. México D. F: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

ROSA, Hartmut. **Social Acceleration: a New Theory of Modernity**. New York: Columbia University Press, 2013.

SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do caput do art. 173 da Constituição brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 107-138, mai. 2015.

SAURIN, Valter; PEREIRA, Breno Augusto D. O Programa Nacional de Desestatização: aspectos relevantes da política de privatização. **Revista de Ciências da Administração**, Florianópolis, p. 43-59, jan. 1998.

SARAIVA, Oscar. Novas Formas de Delegação Administrativa do Estado. **Revista Forense**, n. 100, p. 233-235, 1994.

SCAFF, Fernando Facury. Ensaio sobre o conteúdo jurídico do princípio da lucratividade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 323-347, abr. 2001. ISSN 2238-5177.

SCHEUERMAN, Willian. Citizenship and speed. In: ROSA, Hartmut. **High-speed society – social acceleration, power, and modernity**. University Park: Pennsylvania State University Press, 2012.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia**: persistência e dinâmica da atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 45-74, out. 2002.

SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1996.

\_\_\_\_\_. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**. Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

SORIANO, Érico et al. Crise hídrica em São Paulo sob o ponto de vista dos desastres. **Ambient. soc.**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 21-42, Mar. 2016.

SOTELO, Ignacio. **El Estado social**: Antecedentes, origen, desarrollo y declive. Madrid: Trotta, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Licitações e contratos administrativos**: Lei n. 8.666 de 21.06.93 comentada. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998.

SQUEFF, Flávia de Holanda Schimdt; SILVA, Mauro Santos; KLIASS, Paulo. Apresentação: empresas estatais – introdução A uma agenda de pesquisa. In: **Boletim de Análise Político-Institucional**, n.1, 2011. Brasília: Ipea, 2011-Semestral.

STORCK, Véra Sueli. As empresas estatais como instrumento das políticas de desenvolvimento do estado. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v.15, edição extra, p. 191-212, 1981.

SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. In SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo, Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 245, p. 13-30, mai. 2007.

\_\_\_\_\_. Uma lei de normas gerais para a organização administrativa brasileira: o regime jurídico comum das entidades estatais de direito privado e as empresas estatais. In: MODESTO, Paulo (coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULLE, Adrian. Interpretation and institutions. **Public Law and Legal Theory Working Paper**, n. 28, 2002.

TÁCITO, Caio. As empresas públicas no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 84, p. 432-439, jul. 1966.

\_\_\_\_\_. Controle das empresas do estado (públicas e mistas). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 111, p. 1-9, out. 1973.

\_\_\_\_\_. Direito administrativo e direito privado nas empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 151, p. 22-28, jan. 1983.

\_\_\_\_\_. Regime jurídico das empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 195, p. 1-8, jan. 1994.

\_\_\_\_\_. O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 1-10, out. 1995.

TREBAT, Thomas J. Uma avaliação do desempenho econômico de grandes empresas estatais no Brasil: 1965-1975. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 813-849, dez. 1980.

\_\_\_\_\_. **Brazil's state-owned enterprises: a case study of the state as entrepreneur**. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 429-441, abr. 1945.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico – o direito público econômico no Brasil**. Edição Fac-similar da de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VINHOSA, Francisco Luiz Teixeira. **O Brasil e a primeira guerra mundial: A diplomacia brasileira e as grandes potências**. Rio de Janeiro: Inst Hist & Geogr Bras, 1990.

VERDÚ, Pablo Lucas. **La Lucha por el estado de derecho**. Bolonia: Real Colegio de España, 1975.

WAHRLICH, B. M. S. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v.8, p. 27-75, abr.-jun, 1974.

ANEXO I<sup>481</sup>

LEI Nº 13.303, DE 30 DE JUNHO DE 2016.

Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

## TÍTULO I

### DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

#### CAPÍTULO I

#### DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

§ 1º O Título I desta Lei, exceto o disposto nos arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 11, 12 e 27, não se aplica à empresa pública e à sociedade de economia mista que tiver, em conjunto com suas respectivas subsidiárias, no exercício social anterior, receita operacional bruta inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais).

§ 2º O disposto nos Capítulos I e II do Título II desta Lei aplica-se inclusive à empresa pública dependente, definida nos termos do inciso III do art. 2º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que explore atividade econômica, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

§ 3º Os Poderes Executivos poderão editar atos que estabeleçam regras de governança destinadas às suas respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista que se enquadrem na hipótese do § 1º, observadas as diretrizes gerais desta Lei.

§ 4º A não edição dos atos de que trata o § 3º no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partir da publicação desta Lei submete as respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista às regras de governança previstas no Título I desta Lei.

---

<sup>481</sup> Extraído diretamente do endereço eletrônico [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm). Acesso em 10 mai. 2019.

§ 5º Submetem-se ao regime previsto nesta Lei a empresa pública e a sociedade de economia mista que participem de consórcio, conforme disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 , na condição de operadora.

§ 6º Submete-se ao regime previsto nesta Lei a sociedade, inclusive a de propósito específico, que seja controlada por empresa pública ou sociedade de economia mista abrangidas no caput .

§ 7º Na participação em sociedade empresarial em que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias não detenham o controle acionário, essas deverão adotar, no dever de fiscalizar, práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes, considerando, para esse fim:

I - documentos e informações estratégicos do negócio e demais relatórios e informações produzidos por força de acordo de acionistas e de Lei considerados essenciais para a defesa de seus interesses na sociedade empresarial investida;

II - relatório de execução do orçamento e de realização de investimentos programados pela sociedade, inclusive quanto ao alinhamento dos custos orçados e dos realizados com os custos de mercado;

III - informe sobre execução da política de transações com partes relacionadas;

IV - análise das condições de alavancagem financeira da sociedade;

V - avaliação de inversões financeiras e de processos relevantes de alienação de bens móveis e imóveis da sociedade;

VI - relatório de risco das contratações para execução de obras, fornecimento de bens e prestação de serviços relevantes para os interesses da investidora;

VII - informe sobre execução de projetos relevantes para os interesses da investidora;

VIII - relatório de cumprimento, nos negócios da sociedade, de condicionantes socioambientais estabelecidas pelos órgãos ambientais;

IX - avaliação das necessidades de novos aportes na sociedade e dos possíveis riscos de redução da rentabilidade esperada do negócio;

X - qualquer outro relatório, documento ou informação produzido pela sociedade empresarial investida considerado relevante para o cumprimento do comando constante do caput .

Art. 2º A exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

§ 1º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou

imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal .

§ 2º Depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias de empresa pública e de sociedade de economia mista, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada, cujo objeto social deve estar relacionado ao da investidora, nos termos do inciso XX do art. 37 da Constituição Federal .

§ 3º A autorização para participação em empresa privada prevista no § 2º não se aplica a operações de tesouraria, adjudicação de ações em garantia e participações autorizadas pelo Conselho de Administração em linha com o plano de negócios da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas respectivas subsidiárias.

Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Parágrafo único. Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

§ 1º A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 , e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação.

§ 2º Além das normas previstas nesta Lei, a sociedade de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeita-se às disposições da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976 .

## CAPÍTULO II

### DO REGIME SOCIETÁRIO DA EMPRESA PÚBLICA E DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

#### Seção I

##### Das Normas Gerais

Art. 5º A sociedade de economia mista será constituída sob a forma de sociedade anônima e, ressalvado o disposto nesta Lei, estará sujeita ao regime previsto na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 .

Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.

Art. 7º Aplicam-se a todas as empresas públicas, as sociedades de economia mista de capital fechado e as suas subsidiárias as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as normas da Comissão de Valores Mobiliários sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, inclusive a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado nesse órgão.

Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência:

I - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos;

II - adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação;

III - divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração;

IV - elaboração e divulgação de política de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas;

V - elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

VI - divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional;

VII - elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração;

VIII - ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações de que trata o inciso III;

IX - divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.

§ 1º O interesse público da empresa pública e da sociedade de economia mista, respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do alinhamento entre seus objetivos e aqueles de políticas públicas, na forma explicitada na carta anual a que se refere o inciso I do caput .

§ 2º Quaisquer obrigações e responsabilidades que a empresa pública e a sociedade de economia mista que explorem atividade econômica assumam em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado em que atuam deverão:

I - estar claramente definidas em lei ou regulamento, bem como previstas em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-las, observada a ampla publicidade desses instrumentos;

II - ter seu custo e suas receitas discriminados e divulgados de forma transparente, inclusive no plano contábil.

§ 3º Além das obrigações contidas neste artigo, as sociedades de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeitam-se ao regime informacional estabelecido por essa autarquia e devem divulgar as informações previstas neste artigo na forma fixada em suas normas.

§ 4º Os documentos resultantes do cumprimento dos requisitos de transparência constantes dos incisos I a IX do caput deverão ser publicamente divulgados na internet de forma permanente e cumulativa.

Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:

I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;

II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos;

III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.

§ 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;

II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;

III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;



IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;

V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;

VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

§ 2º A área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente.

§ 3º A auditoria interna deverá:

I - ser vinculada ao Conselho de Administração, diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário;

II - ser responsável por aferir a adequação do controle interno, a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo de demonstrações financeiras.

§ 4º O estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de compliance se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada.

Art. 10. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão criar comitê estatutário para verificar a conformidade do processo de indicação e de avaliação de membros para o Conselho de Administração e para o Conselho Fiscal, com competência para auxiliar o acionista controlador na indicação desses membros.

Parágrafo único. Devem ser divulgadas as atas das reuniões do comitê estatutário referido no caput realizadas com o fim de verificar o cumprimento, pelos membros indicados, dos requisitos definidos na política de indicação, devendo ser registradas as eventuais manifestações divergentes de conselheiros.

Art. 11. A empresa pública não poderá:

I - lançar debêntures ou outros títulos ou valores mobiliários, conversíveis em ações;

II - emitir partes beneficiárias.

Art. 12. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão:

I - divulgar toda e qualquer forma de remuneração dos administradores;

II - adequar constantemente suas práticas ao Código de Conduta e Integridade e a outras regras de boa prática de governança corporativa, na forma estabelecida na regulamentação desta Lei.

Parágrafo único. A sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social.

Art. 13. A lei que autorizar a criação da empresa pública e da sociedade de economia mista deverá dispor sobre as diretrizes e restrições a serem consideradas na elaboração do estatuto da companhia, em especial sobre:

I - constituição e funcionamento do Conselho de Administração, observados o número mínimo de 7 (sete) e o número máximo de 11 (onze) membros;

II - requisitos específicos para o exercício do cargo de diretor, observado o número mínimo de 3 (três) diretores;

III - avaliação de desempenho, individual e coletiva, de periodicidade anual, dos administradores e dos membros de comitês, observados os seguintes quesitos mínimos:

a) exposição dos atos de gestão praticados, quanto à licitude e à eficácia da ação administrativa;

b) contribuição para o resultado do exercício;

c) consecução dos objetivos estabelecidos no plano de negócios e atendimento à estratégia de longo prazo;

IV - constituição e funcionamento do Conselho Fiscal, que exercerá suas atribuições de modo permanente;

V - constituição e funcionamento do Comitê de Auditoria Estatutário;

VI - prazo de gestão dos membros do Conselho de Administração e dos indicados para o cargo de diretor, que será unificado e não superior a 2 (dois) anos, sendo permitidas, no máximo, 3 (três) reconduções consecutivas;

VII – (VETADO);

VIII - prazo de gestão dos membros do Conselho Fiscal não superior a 2 (dois) anos, permitidas 2 (duas) reconduções consecutivas.

## Seção II

### Do Acionista Controlador

Art. 14. O acionista controlador da empresa pública e da sociedade de economia mista deverá:

I - fazer constar do Código de Conduta e Integridade, aplicável à alta administração, a vedação à divulgação, sem autorização do órgão competente da empresa pública ou da sociedade de economia mista, de informação que possa causar impacto na cotação dos títulos da empresa pública ou da sociedade de economia mista e em suas relações com o mercado ou com consumidores e fornecedores;

II - preservar a independência do Conselho de Administração no exercício de suas funções;

III - observar a política de indicação na escolha dos administradores e membros do Conselho Fiscal.

Art. 15. O acionista controlador da empresa pública e da sociedade de economia mista responderá pelos atos praticados com abuso de poder, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 .

§ 1º A ação de reparação poderá ser proposta pela sociedade, nos termos do art. 246 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 , pelo terceiro prejudicado ou pelos demais sócios, independentemente de autorização da assembleia-geral de acionistas.

§ 2º Prescreve em 6 (seis) anos, contados da data da prática do ato abusivo, a ação a que se refere o § 1º.

### Seção III

#### Do Administrador

Art. 16. Sem prejuízo do disposto nesta Lei, o administrador de empresa pública e de sociedade de economia mista é submetido às normas previstas na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 .

Parágrafo único. Consideram-se administradores da empresa pública e da sociedade de economia mista os membros do Conselho de Administração e da diretoria.

Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:

I - ter experiência profissional de, no mínimo:

a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexas àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; ou

b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, entendendo-se como cargo de

chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;

2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;

3. cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

c) 4 (quatro) anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista;

II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado; e

III - não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas nas alíneas do inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.

§ 1º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias poderá dispor sobre a contratação de seguro de responsabilidade civil pelos administradores.

§ 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;

II - de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical;

IV - de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;

V - de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.

§ 3º A vedação prevista no inciso I do § 2º estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas.

§ 4º Os administradores eleitos devem participar, na posse e anualmente, de treinamentos específicos sobre legislação societária e de mercado de capitais, divulgação de informações, controle interno, código de conduta, a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), e demais temas relacionados às atividades da empresa pública ou da sociedade de economia mista.

§ 5º Os requisitos previstos no inciso I do caput poderão ser dispensados no caso de indicação de empregado da empresa pública ou da sociedade de economia mista para cargo de administrador ou como membro de comitê, desde que atendidos os seguintes quesitos mínimos:

I - o empregado tenha ingressado na empresa pública ou na sociedade de economia mista por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos;

II - o empregado tenha mais de 10 (dez) anos de trabalho efetivo na empresa pública ou na sociedade de economia mista;

III - o empregado tenha ocupado cargo na gestão superior da empresa pública ou da sociedade de economia mista, comprovando sua capacidade para assumir as responsabilidades dos cargos de que trata o caput .

#### Seção IV

##### Do Conselho de Administração

Art. 18. Sem prejuízo das competências previstas no art. 142 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 , e das demais atribuições previstas nesta Lei, compete ao Conselho de Administração:

I - discutir, aprovar e monitorar decisões envolvendo práticas de governança corporativa, relacionamento com partes interessadas, política de gestão de pessoas e código de conduta dos agentes;

II - implementar e supervisionar os sistemas de gestão de riscos e de controle interno estabelecidos para a prevenção e mitigação dos principais riscos a que está exposta a empresa pública ou a sociedade de economia mista, inclusive os riscos relacionados à integridade das informações contábeis e financeiras e os relacionados à ocorrência de corrupção e fraude;

III - estabelecer política de porta-vozes visando a eliminar risco de contradição entre informações de diversas áreas e as dos executivos da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

IV - avaliar os diretores da empresa pública ou da sociedade de economia mista, nos termos do inciso III do art. 13, podendo contar com apoio metodológico e procedimental do comitê estatutário referido no art. 10.

Art. 19. É garantida a participação, no Conselho de Administração, de representante dos empregados e dos acionistas minoritários.

§ 1º As normas previstas na Lei nº 12.353, de 28 de dezembro de 2010 , aplicam-se à participação de empregados no Conselho de Administração da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias e controladas e das demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto.

§ 2º É assegurado aos acionistas minoritários o direito de eleger 1 (um) conselheiro, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo previsto na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 .

Art. 20. É vedada a participação remunerada de membros da administração pública, direta ou indireta, em mais de 2 (dois) conselhos, de administração ou fiscal, de empresa pública, de sociedade de economia mista ou de suas subsidiárias.

Art. 21. (VETADO).

Parágrafo único. (VETADO).

## Seção V

### Do Membro Independente do Conselho de Administração

Art. 22. O Conselho de Administração deve ser composto, no mínimo, por 25% (vinte e cinco por cento) de membros independentes ou por pelo menos 1 (um), caso haja decisão pelo exercício da faculdade do voto múltiplo pelos acionistas minoritários, nos termos do art. 141 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 .

§ 1º O conselheiro independente caracteriza-se por:

I - não ter qualquer vínculo com a empresa pública ou a sociedade de economia mista, exceto participação de capital;

II - não ser cônjuge ou parente consanguíneo ou afim, até o terceiro grau ou por adoção, de chefe do Poder Executivo, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado ou Município ou de administrador da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

III - não ter mantido, nos últimos 3 (três) anos, vínculo de qualquer natureza com a empresa pública, a sociedade de economia mista ou seus controladores, que possa vir a comprometer sua independência;

IV - não ser ou não ter sido, nos últimos 3 (três) anos, empregado ou diretor da empresa pública, da sociedade de economia mista ou de sociedade controlada, coligada ou subsidiária da empresa pública ou da sociedade de economia mista, exceto se o vínculo for exclusivamente com instituições públicas de ensino ou pesquisa;

V - não ser fornecedor ou comprador, direto ou indireto, de serviços ou produtos da empresa pública ou da sociedade de economia mista, de modo a implicar perda de independência;

VI - não ser funcionário ou administrador de sociedade ou entidade que esteja oferecendo ou demandando serviços ou produtos à empresa pública ou à sociedade de economia mista, de modo a implicar perda de independência;

VII - não receber outra remuneração da empresa pública ou da sociedade de economia mista além daquela relativa ao cargo de conselheiro, à exceção de proventos em dinheiro oriundos de participação no capital.

§ 2º Quando, em decorrência da observância do percentual mencionado no caput, resultar número fracionário de conselheiros, proceder-se-á ao arredondamento para o número inteiro:

I - imediatamente superior, quando a fração for igual ou superior a 0,5 (cinco décimos);

II - imediatamente inferior, quando a fração for inferior a 0,5 (cinco décimos).

§ 3º Não serão consideradas, para o cômputo das vagas destinadas a membros independentes, aquelas ocupadas pelos conselheiros eleitos por empregados, nos termos do § 1º do art. 19.

§ 4º Serão consideradas, para o cômputo das vagas destinadas a membros independentes, aquelas ocupadas pelos conselheiros eleitos por acionistas minoritários, nos termos do § 2º do art. 19.

§ 5º (VETADO).

## Seção VI

### Da Diretoria

Art. 23. É condição para investidura em cargo de diretoria da empresa pública e da sociedade de economia mista a assunção de compromisso com metas e resultados específicos a serem alcançados, que deverá ser aprovado pelo Conselho de Administração, a quem incumbe fiscalizar seu cumprimento.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no caput, a diretoria deverá apresentar, até a última reunião ordinária do Conselho de Administração do ano anterior, a quem compete sua aprovação:

I - plano de negócios para o exercício anual seguinte;

II - estratégia de longo prazo atualizada com análise de riscos e oportunidades para, no mínimo, os próximos 5 (cinco) anos.

§ 2º Compete ao Conselho de Administração, sob pena de seus integrantes responderem por omissão, promover anualmente análise de atendimento das metas e resultados na execução do plano de negócios e da estratégia de longo prazo, devendo publicar suas conclusões e informá-las ao Congresso Nacional, às Assembleias Legislativas, à Câmara Legislativa do Distrito Federal ou às Câmaras Municipais e aos respectivos tribunais de contas, quando houver.

§ 3º Excluem-se da obrigação de publicação a que se refere o § 2º as informações de natureza estratégica cuja divulgação possa ser comprovadamente prejudicial ao interesse da empresa pública ou da sociedade de economia mista.

## Seção VII

### Do Comitê de Auditoria Estatutário

Art. 24. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão possuir em sua estrutura societária Comitê de Auditoria Estatutário como órgão auxiliar do Conselho de Administração, ao qual se reportará diretamente.

§ 1º Competirá ao Comitê de Auditoria Estatutário, sem prejuízo de outras competências previstas no estatuto da empresa pública ou da sociedade de economia mista:

I - opinar sobre a contratação e destituição de auditor independente;

II - supervisionar as atividades dos auditores independentes, avaliando sua independência, a qualidade dos serviços prestados e a adequação de tais serviços às necessidades da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

III - supervisionar as atividades desenvolvidas nas áreas de controle interno, de auditoria interna e de elaboração das demonstrações financeiras da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

IV - monitorar a qualidade e a integridade dos mecanismos de controle interno, das demonstrações financeiras e das informações e medições divulgadas pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista;

V - avaliar e monitorar exposições de risco da empresa pública ou da sociedade de economia mista, podendo requerer, entre outras, informações detalhadas sobre políticas e procedimentos referentes a:

a) remuneração da administração;

b) utilização de ativos da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

c) gastos incorridos em nome da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

VI - avaliar e monitorar, em conjunto com a administração e a área de auditoria interna, a adequação das transações com partes relacionadas;

VII - elaborar relatório anual com informações sobre as atividades, os resultados, as conclusões e as recomendações do Comitê de Auditoria Estatutário, registrando, se houver, as divergências significativas entre administração, auditoria independente e Comitê de Auditoria Estatutário em relação às demonstrações financeiras;

VIII - avaliar a razoabilidade dos parâmetros em que se fundamentam os cálculos atuariais, bem como o resultado atuarial dos planos de benefícios mantidos pelo fundo de



ensão, quando a empresa pública ou a sociedade de economia mista for patrocinadora de entidade fechada de previdência complementar.

§ 2º O Comitê de Auditoria Estatutário deverá possuir meios para receber denúncias, inclusive sigilosas, internas e externas à empresa pública ou à sociedade de economia mista, em matérias relacionadas ao escopo de suas atividades.

§ 3º O Comitê de Auditoria Estatutário deverá se reunir quando necessário, no mínimo bimestralmente, de modo que as informações contábeis sejam sempre apreciadas antes de sua divulgação.

§ 4º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão divulgar as atas das reuniões do Comitê de Auditoria Estatutário.

§ 5º Caso o Conselho de Administração considere que a divulgação da ata possa pôr em risco interesse legítimo da empresa pública ou da sociedade de economia mista, a empresa pública ou a sociedade de economia mista divulgará apenas o extrato das atas.

§ 6º A restrição prevista no § 5º não será oponível aos órgãos de controle, que terão total e irrestrito acesso ao conteúdo das atas do Comitê de Auditoria Estatutário, observada a transferência de sigilo.

§ 7º O Comitê de Auditoria Estatutário deverá possuir autonomia operacional e dotação orçamentária, anual ou por projeto, dentro de limites aprovados pelo Conselho de Administração, para conduzir ou determinar a realização de consultas, avaliações e investigações dentro do escopo de suas atividades, inclusive com a contratação e utilização de especialistas externos independentes.

Art. 25. O Comitê de Auditoria Estatutário será integrado por, no mínimo, 3 (três) e, no máximo, 5 (cinco) membros, em sua maioria independentes.

§ 1º São condições mínimas para integrar o Comitê de Auditoria Estatutário:

I - não ser ou ter sido, nos 12 (doze) meses anteriores à nomeação para o Comitê:

a) diretor, empregado ou membro do conselho fiscal da empresa pública ou sociedade de economia mista ou de sua controladora, controlada, coligada ou sociedade em controle comum, direta ou indireta;

b) responsável técnico, diretor, gerente, supervisor ou qualquer outro integrante com função de gerência de equipe envolvida nos trabalhos de auditoria na empresa pública ou sociedade de economia mista;

II - não ser cônjuge ou parente consanguíneo ou afim, até o segundo grau ou por adoção, das pessoas referidas no inciso I;

III - não receber qualquer outro tipo de remuneração da empresa pública ou sociedade de economia mista ou de sua controladora, controlada, coligada ou sociedade em controle comum, direta ou indireta, que não seja aquela relativa à função de integrante do Comitê de Auditoria Estatutário;

IV - não ser ou ter sido ocupante de cargo público efetivo, ainda que licenciado, ou de cargo em comissão da pessoa jurídica de direito público que exerça o controle acionário da empresa pública ou sociedade de economia mista, nos 12 (doze) meses anteriores à nomeação para o Comitê de Auditoria Estatutário.

§ 2º Ao menos 1 (um) dos membros do Comitê de Auditoria Estatutário deve ter reconhecida experiência em assuntos de contabilidade societária.

§ 3º O atendimento às previsões deste artigo deve ser comprovado por meio de documentação mantida na sede da empresa pública ou sociedade de economia mista pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, contado a partir do último dia de mandato do membro do Comitê de Auditoria Estatutário.

## Seção VIII

### Do Conselho Fiscal

Art. 26. Além das normas previstas nesta Lei, aplicam-se aos membros do Conselho Fiscal da empresa pública e da sociedade de economia mista as disposições previstas na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, relativas a seus poderes, deveres e responsabilidades, a requisitos e impedimentos para investidura e a remuneração, além de outras disposições estabelecidas na referida Lei.

§ 1º Podem ser membros do Conselho Fiscal pessoas naturais, residentes no País, com formação acadêmica compatível com o exercício da função e que tenham exercido, por prazo mínimo de 3 (três) anos, cargo de direção ou assessoramento na administração pública ou cargo de conselheiro fiscal ou administrador em empresa.

§ 2º O Conselho Fiscal contará com pelo menos 1 (um) membro indicado pelo ente controlador, que deverá ser servidor público com vínculo permanente com a administração pública.

## CAPÍTULO III

### DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA PÚBLICA E DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

§ 1º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte:

I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.

§ 3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

## TÍTULO II

DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS PÚBLICAS, ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E ÀS SUAS SUBSIDIÁRIAS QUE explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

### CAPÍTULO I

#### DAS LICITAÇÕES

##### Seção I

##### Da Exigência de Licitação e dos Casos de Dispensa e de Inexigibilidade

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

§ 1º Aplicam-se às licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 .

§ 2º O convênio ou contrato de patrocínio celebrado com pessoas físicas ou jurídicas de que trata o § 3º do art. 27 observará, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;

II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

§ 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez;

III - quando não acudirem interessados à licitação anterior e essa, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a empresa pública ou a sociedade de economia mista, bem como para suas respectivas subsidiárias, desde que mantidas as condições preestabelecidas;

IV - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;

V - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento de suas finalidades precípuas, quando as necessidades de instalação e localização condicionarem a escolha do imóvel, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

VI - na contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições do contrato encerrado por rescisão ou distrato, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

VII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

VIII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

IX - na contratação de associação de pessoas com deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

X - na contratação de concessionário, permissionário ou autorizado para fornecimento ou suprimento de energia elétrica ou gás natural e de outras prestadoras de serviço público, segundo as normas da legislação específica, desde que o objeto do contrato tenha pertinência com o serviço público.

XI - nas contratações entre empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas respectivas subsidiárias, para aquisição ou alienação de bens e prestação ou obtenção de serviços, desde que os preços sejam compatíveis com os praticados no mercado e que o objeto do contrato tenha relação com a atividade da contratada prevista em seu estatuto social;

XII - na contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda que tenham como ocupação econômica a coleta de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;

XIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pelo dirigente máximo da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

XIV - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes;

XV - em situações de emergência, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contado da ocorrência da emergência, vedada a prorrogação dos respectivos contratos, observado o disposto no § 2º;

XVI - na transferência de bens a órgãos e entidades da administração pública, inclusive quando efetivada mediante permuta;

XVII - na doação de bens móveis para fins e usos de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica relativamente à escolha de outra forma de alienação;

XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.

§ 1º Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do inciso VI do caput, a empresa pública e a sociedade de economia mista poderão convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório.

§ 2º A contratação direta com base no inciso XV do caput não dispensará a responsabilização de quem, por ação ou omissão, tenha dado causa ao motivo ali descrito, inclusive no tocante ao disposto na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

§ 3º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput podem ser alterados, para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade.

Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

I - aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;

II - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos

relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese do caput e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado, pelo órgão de controle externo, sobrepreço ou superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado quem houver decidido pela contratação direta e o fornecedor ou o prestador de serviços.

§ 3º O processo de contratação direta será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou do executante;

III - justificativa do preço.

## Seção II

### Disposições de Caráter Geral sobre Licitações e Contratos

Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

§ 1º Para os fins do disposto no caput, considera-se que há:

I - sobrepreço quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada;

II - superfaturamento quando houver dano ao patrimônio da empresa pública ou da sociedade de economia mista caracterizado, por exemplo:

a) pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;

b) pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança;

c) por alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;

d) por outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a empresa pública ou a sociedade de economia mista ou reajuste irregular de preços.

§ 2º O orçamento de referência do custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou no Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários, devendo ser observadas as peculiaridades geográficas.

§ 3º No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no § 2º, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em banco de dados e sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

§ 4º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamentação a definição de suas regras específicas.

§ 5º Na hipótese a que se refere o § 4º, o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para a execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela empresa pública ou sociedade de economia mista caso não vença o certame, desde que seja promovida a cessão de direitos de que trata o art. 80.

Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

I - padronização do objeto da contratação, dos instrumentos convocatórios e das minutas de contratos, de acordo com normas internas específicas;

II - busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

III - parcelamento do objeto, visando a ampliar a participação de licitantes, sem perda de economia de escala, e desde que não atinja valores inferiores aos limites estabelecidos no art. 29, incisos I e II;

IV - adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado;

V - observação da política de integridade nas transações com partes interessadas.



§ 1º As licitações e os contratos disciplinados por esta Lei devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação dos danos ambientais por meio de medidas condicionantes e de compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e de recursos naturais;

IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado por investimentos realizados por empresas públicas e sociedades de economia mista;

VI - acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

§ 2º A contratação a ser celebrada por empresa pública ou sociedade de economia mista da qual decorra impacto negativo sobre bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados dependerá de autorização da esfera de governo encarregada da proteção do respectivo patrimônio, devendo o impacto ser compensado por meio de medidas determinadas pelo dirigente máximo da empresa pública ou sociedade de economia mista, na forma da legislação aplicável.

§ 3º As licitações na modalidade de pregão, na forma eletrônica, deverão ser realizadas exclusivamente em portais de compras de acesso público na internet.

§ 4º Nas licitações com etapa de lances, a empresa pública ou sociedade de economia mista disponibilizará ferramentas eletrônicas para envio de lances pelos licitantes.

Art. 33. O objeto da licitação e do contrato dela decorrente será definido de forma sucinta e clara no instrumento convocatório.

Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificção na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º Na hipótese em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 3º A informação relativa ao valor estimado do objeto da licitação, ainda que tenha caráter sigiloso, será disponibilizada a órgãos de controle externo e interno, devendo a empresa pública ou a sociedade de economia mista registrar em documento formal sua disponibilização aos órgãos de controle, sempre que solicitado.

§ 4º (VETADO).

Art. 35. Observado o disposto no art. 34, o conteúdo da proposta, quando adotado o modo de disputa fechado e até sua abertura, os atos e os procedimentos praticados em decorrência desta Lei submetem-se à legislação que regula o acesso dos cidadãos às informações detidas pela administração pública, particularmente aos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 .

Art. 36. A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão promover a pré-qualificação de seus fornecedores ou produtos, nos termos do art. 64.

Art. 37. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão informar os dados relativos às sanções por elas aplicadas aos contratados, nos termos definidos no art. 83, de forma a manter atualizado o cadastro de empresas inidôneas de que trata o art. 23 da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 .

§ 1º O fornecedor incluído no cadastro referido no caput não poderá disputar licitação ou participar, direta ou indiretamente, da execução de contrato.

§ 2º Serão excluídos do cadastro referido no caput , a qualquer tempo, fornecedores que demonstrarem a superação dos motivos que deram causa à restrição contra eles promovida.

Art. 38. Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela empresa pública ou sociedade de economia mista a empresa:

I - cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital social seja diretor ou empregado da empresa pública ou sociedade de economia mista contratante;

II - suspensão pela empresa pública ou sociedade de economia mista;

III - declarada inidônea pela União, por Estado, pelo Distrito Federal ou pela unidade federativa a que está vinculada a empresa pública ou sociedade de economia mista, enquanto perdurarem os efeitos da sanção;

IV - constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea;

V - cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea;

VI - constituída por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VII - cujo administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VIII - que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea.

Parágrafo único. Aplica-se a vedação prevista no caput :

I - à contratação do próprio empregado ou dirigente, como pessoa física, bem como à participação dele em procedimentos licitatórios, na condição de licitante;

II - a quem tenha relação de parentesco, até o terceiro grau civil, com:

a) dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista;

b) empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista cujas atribuições envolvam a atuação na área responsável pela licitação ou contratação;

c) autoridade do ente público a que a empresa pública ou sociedade de economia mista esteja vinculada.

III - cujo proprietário, mesmo na condição de sócio, tenha terminado seu prazo de gestão ou rompido seu vínculo com a respectiva empresa pública ou sociedade de economia mista promotora da licitação ou contratante há menos de 6 (seis) meses.

Art. 39. Os procedimentos licitatórios, a pré-qualificação e os contratos disciplinados por esta Lei serão divulgados em portal específico mantido pela empresa pública ou sociedade de economia mista na internet, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas ou lances, contados a partir da divulgação do instrumento convocatório:

I - para aquisição de bens:

a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotado como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto;

b) 10 (dez) dias úteis, nas demais hipóteses;

II - para contratação de obras e serviços:

a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotado como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto;

b) 30 (trinta) dias úteis, nas demais hipóteses;

III - no mínimo 45 (quarenta e cinco) dias úteis para licitação em que se adote como critério de julgamento a melhor técnica ou a melhor combinação de técnica e preço, bem como para licitação em que haja contratação semi-integrada ou integrada.

Parágrafo único. As modificações promovidas no instrumento convocatório serão objeto de divulgação nos mesmos termos e prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não afetar a preparação das propostas.

Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a:

- I - glossário de expressões técnicas;
- II - cadastro de fornecedores;
- III - minutas-padrão de editais e contratos;
- IV - procedimentos de licitação e contratação direta;
- V - tramitação de recursos;
- VI - formalização de contratos;
- VII - gestão e fiscalização de contratos;
- VIII - aplicação de penalidades;
- IX - recebimento do objeto do contrato.

Art. 41. Aplicam-se às licitações e contratos regidos por esta Lei as normas de direito penal contidas nos arts. 89 a 99 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 .

### Seção III

#### Das Normas Específicas para Obras e Serviços

Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:

- I - empreitada por preço unitário: contratação por preço certo de unidades determinadas;
- II - empreitada por preço global: contratação por preço certo e total;
- III - tarefa: contratação de mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de material;
- IV - empreitada integral: contratação de empreendimento em sua integralidade, com todas as etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para as quais foi contratada;

V - contratação semi-integrada: contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, de acordo com o estabelecido nos §§ 1º e 3º deste artigo;

VI - contratação integrada: contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, de acordo com o estabelecido nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo;

VII - anteprojeto de engenharia: peça técnica com todos os elementos de contornos necessários e fundamentais à elaboração do projeto básico, devendo conter minimamente os seguintes elementos:

- a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;
- b) condições de solidez, segurança e durabilidade e prazo de entrega;
- c) estética do projeto arquitetônico;
- d) parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;
- e) concepção da obra ou do serviço de engenharia;
- f) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada;
- g) levantamento topográfico e cadastral;
- h) pareceres de sondagem;
- i) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação;

VIII - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para, observado o disposto no § 3º, caracterizar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida, de forma a fornecer visão global da obra e a identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;

c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações, de modo a assegurar os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

f) (VETADO);

IX - projeto executivo: conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas técnicas pertinentes;

X - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo quando de sua ocorrência;

b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;

c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

§ 1º As contratações semi-integradas e integradas referidas, respectivamente, nos incisos V e VI do caput deste artigo restringir-se-ão a obras e serviços de engenharia e observarão os seguintes requisitos:

I - o instrumento convocatório deverá conter:

a) anteprojeto de engenharia, no caso de contratação integrada, com elementos técnicos que permitam a caracterização da obra ou do serviço e a elaboração e comparação, de forma isonômica, das propostas a serem ofertadas pelos particulares;

b) projeto básico, nos casos de empreitada por preço unitário, de empreitada por preço global, de empreitada integral e de contratação semi-integrada, nos termos definidos neste artigo;

c) documento técnico, com definição precisa das frações do empreendimento em que haverá liberdade de as contratadas inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, seja em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação, seja em termos de detalhamento dos sistemas e procedimentos construtivos previstos nessas peças técnicas;

d) matriz de riscos;

II - o valor estimado do objeto a ser licitado será calculado com base em valores de mercado, em valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou em avaliação do custo global da obra, aferido mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica;

III - o critério de julgamento a ser adotado será o de menor preço ou de melhor combinação de técnica e preço, pontuando-se na avaliação técnica as vantagens e os benefícios que eventualmente forem oferecidos para cada produto ou solução;

IV - na contratação semi-integrada, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução e de facilidade de manutenção ou operação.

§ 2º No caso dos orçamentos das contratações integradas:

I - sempre que o anteprojeto da licitação, por seus elementos mínimos, assim o permitir, as estimativas de preço devem se basear em orçamento tão detalhado quanto possível, devendo a utilização de estimativas paramétricas e a avaliação aproximada baseada em outras obras similares ser realizadas somente nas frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto da licitação, exigindo-se das contratadas, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento em seus demonstrativos de formação de preços;

II - quando utilizada metodologia expedita ou paramétrica para abalizar o valor do empreendimento ou de fração dele, consideradas as disposições do inciso I, entre 2 (duas) ou mais técnicas estimativas possíveis, deve ser utilizada nas estimativas de preço-base a que viabilize a maior precisão orçamentária, exigindo-se das licitantes, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento na motivação dos respectivos preços ofertados.

§ 3º Nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pela contratante deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.

§ 4º No caso de licitação de obras e serviços de engenharia, as empresas públicas e as sociedades de economia mista abrangidas por esta Lei deverão utilizar a contratação semi-integrada, prevista no inciso V do caput, cabendo a elas a elaboração ou a contratação do projeto básico antes da licitação de que trata este parágrafo, podendo ser utilizadas outras

modalidades previstas nos incisos do caput deste artigo, desde que essa opção seja devidamente justificada.

§ 5º Para fins do previsto na parte final do § 4º, não será admitida, por parte da empresa pública ou da sociedade de economia mista, como justificativa para a adoção da modalidade de contratação integrada, a ausência de projeto básico.

Art. 43. Os contratos destinados à execução de obras e serviços de engenharia admitirão os seguintes regimes:

I - empreitada por preço unitário, nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários;

II - empreitada por preço global, quando for possível definir previamente no projeto básico, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual;

III - contratação por tarefa, em contratações de profissionais autônomos ou de pequenas empresas para realização de serviços técnicos comuns e de curta duração;

IV - empreitada integral, nos casos em que o contratante necessite receber o empreendimento, normalmente de alta complexidade, em condição de operação imediata;

V - contratação semi-integrada, quando for possível definir previamente no projeto básico as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual, em obra ou serviço de engenharia que possa ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias;

VI - contratação integrada, quando a obra ou o serviço de engenharia for de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica do objeto licitado ou puder ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado.

§ 1º Serão obrigatoriamente precedidas pela elaboração de projeto básico, disponível para exame de qualquer interessado, as licitações para a contratação de obras e serviços, com exceção daquelas em que for adotado o regime previsto no inciso VI do caput deste artigo.

§ 2º É vedada a execução, sem projeto executivo, de obras e serviços de engenharia.

Art. 44. É vedada a participação direta ou indireta nas licitações para obras e serviços de engenharia de que trata esta Lei:

I - de pessoa física ou jurídica que tenha elaborado o anteprojeto ou o projeto básico da licitação;

II - de pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do anteprojeto ou do projeto básico da licitação;

III - de pessoa jurídica da qual o autor do anteprojeto ou do projeto básico da licitação seja administrador, controlador, gerente, responsável técnico, subcontratado ou sócio, neste último caso quando a participação superar 5% (cinco por cento) do capital votante.



§ 1º A elaboração do projeto executivo constituirá encargo do contratado, consoante preço previamente fixado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista.

§ 2º É permitida a participação das pessoas jurídicas e da pessoa física de que tratam os incisos II e III do caput deste artigo em licitação ou em execução de contrato, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da empresa pública e da sociedade de economia mista interessadas.

§ 3º Para fins do disposto no caput, considera-se participação indireta a existência de vínculos de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto básico, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no § 3º deste artigo aplica-se a empregados incumbidos de levar a efeito atos e procedimentos realizados pela empresa pública e pela sociedade de economia mista no curso da licitação.

Art. 45. Na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Parágrafo único. A utilização da remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista para a respectiva contratação.

Art. 46. Mediante justificativa expressa e desde que não implique perda de economia de escala, poderá ser celebrado mais de um contrato para executar serviço de mesma natureza quando o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado.

§ 1º Na hipótese prevista no caput deste artigo, será mantido controle individualizado da execução do objeto contratual relativamente a cada um dos contratados.

§ 2º (VETADO).

#### Seção IV

##### Das Normas Específicas para Aquisição de Bens

Art. 47. A empresa pública e a sociedade de economia mista, na licitação para aquisição de bens, poderão:

I - indicar marca ou modelo, nas seguintes hipóteses:

a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;

b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor constituir o único capaz de atender o objeto do contrato;

c) quando for necessária, para compreensão do objeto, a identificação de determinada marca ou modelo apto a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”;

II - exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação e na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade de sua apresentação;

III - solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por instituição previamente credenciada.

Parágrafo único. O edital poderá exigir, como condição de aceitabilidade da proposta, a adequação às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou a certificação da qualidade do produto por instituição credenciada pelo Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Sinmetro) .

Art. 48. Será dada publicidade, com periodicidade mínima semestral, em sítio eletrônico oficial na internet de acesso irrestrito, à relação das aquisições de bens efetivadas pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista, compreendidas as seguintes informações:

I - identificação do bem comprado, de seu preço unitário e da quantidade adquirida;

II - nome do fornecedor;

III - valor total de cada aquisição.

## Seção V

### Das Normas Específicas para Alienação de Bens

Art. 49. A alienação de bens por empresas públicas e por sociedades de economia mista será precedida de:

I - avaliação formal do bem contemplado, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos XVI a XVIII do art. 29;

II - licitação, ressalvado o previsto no § 3º do art. 28.

Art. 50. Estendem-se à atribuição de ônus real a bens integrantes do acervo patrimonial de empresas públicas e de sociedades de economia mista as normas desta Lei aplicáveis à sua alienação, inclusive em relação às hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

## Seção VI

### Do Procedimento de Licitação

Art. 51. As licitações de que trata esta Lei observarão a seguinte sequência de fases:

I - preparação;

II - divulgação;

III - apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado;

IV - julgamento;

V - verificação de efetividade dos lances ou propostas;

VI - negociação;

VII - habilitação;

VIII - interposição de recursos;

IX - adjudicação do objeto;

X - homologação do resultado ou revogação do procedimento.

§ 1º A fase de que trata o inciso VII do caput poderá, excepcionalmente, anteceder as referidas nos incisos III a VI do caput, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.

§ 2º Os atos e procedimentos decorrentes das fases enumeradas no caput praticados por empresas públicas, por sociedades de economia mista e por licitantes serão efetivados preferencialmente por meio eletrônico, nos termos definidos pelo instrumento convocatório, devendo os avisos contendo os resumos dos editais das licitações e contratos abrangidos por esta Lei ser previamente publicados no Diário Oficial da União, do Estado ou do Município e na internet.

Art. 52. Poderão ser adotados os modos de disputa aberto ou fechado, ou, quando o objeto da licitação puder ser parcelado, a combinação de ambos, observado o disposto no inciso III do art. 32 desta Lei.

§ 1º No modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado.

§ 2º No modo de disputa fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e a hora designadas para que sejam divulgadas.

Art. 53. Quando for adotado o modo de disputa aberto, poderão ser admitidos:

I - a apresentação de lances intermediários;

II - o reinício da disputa aberta, após a definição do melhor lance, para definição das demais colocações, quando existir diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o subsequente.

Parágrafo único. Consideram-se intermediários os lances:

I - iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta;

II - iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento.

Art. 54. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:

I - menor preço;

II - maior desconto;

III - melhor combinação de técnica e preço;

IV - melhor técnica;

V - melhor conteúdo artístico;

VI - maior oferta de preço;

VII - maior retorno econômico;

VIII - melhor destinação de bens alienados.

§ 1º Os critérios de julgamento serão expressamente identificados no instrumento convocatório e poderão ser combinados na hipótese de parcelamento do objeto, observado o disposto no inciso III do art. 32.

§ 2º Na hipótese de adoção dos critérios referidos nos incisos III, IV, V e VII do caput deste artigo, o julgamento das propostas será efetivado mediante o emprego de parâmetros específicos, definidos no instrumento convocatório, destinados a limitar a subjetividade do julgamento.

§ 3º Para efeito de julgamento, não serão consideradas vantagens não previstas no instrumento convocatório.

§ 4º O critério previsto no inciso II do caput :

I - terá como referência o preço global fixado no instrumento convocatório, estendendo-se o desconto oferecido nas propostas ou lances vencedores a eventuais termos aditivos;

II - no caso de obras e serviços de engenharia, o desconto incidirá de forma linear sobre a totalidade dos itens constantes do orçamento estimado, que deverá obrigatoriamente integrar o instrumento convocatório.

§ 5º Quando for utilizado o critério referido no inciso III do caput , a avaliação das propostas técnicas e de preço considerará o percentual de ponderação mais relevante, limitado a 70% (setenta por cento).

§ 6º Quando for utilizado o critério referido no inciso VII do caput , os lances ou propostas terão o objetivo de proporcionar economia à empresa pública ou à sociedade de economia mista, por meio da redução de suas despesas correntes, remunerando-se o licitante vencedor com base em percentual da economia de recursos gerada.

§ 7º Na implementação do critério previsto no inciso VIII do caput deste artigo, será obrigatoriamente considerada, nos termos do respectivo instrumento convocatório, a repercussão, no meio social, da finalidade para cujo atendimento o bem será utilizado pelo adquirente.

§ 8º O descumprimento da finalidade a que se refere o § 7º deste artigo resultará na imediata restituição do bem alcançado ao acervo patrimonial da empresa pública ou da sociedade de economia mista, vedado, nessa hipótese, o pagamento de indenização em favor do adquirente.

Art. 55. Em caso de empate entre 2 (duas) propostas, serão utilizados, na ordem em que se encontram enumerados, os seguintes critérios de desempate:

I - disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada, em ato contínuo ao encerramento da etapa de julgamento;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído;

III - os critérios estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991 , e no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 ;

IV - sorteio.

Art. 56. Efetuado o julgamento dos lances ou propostas, será promovida a verificação de sua efetividade, promovendo-se a desclassificação daqueles que:

I - contenham vícios insanáveis;

II - descumpram especificações técnicas constantes do instrumento convocatório;

III - apresentem preços manifestamente inexequíveis;

IV - se encontrem acima do orçamento estimado para a contratação de que trata o § 1º do art. 57, ressalvada a hipótese prevista no caput do art. 34 desta Lei;

V - não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista;

VI - apresentem desconformidade com outras exigências do instrumento convocatório, salvo se for possível a acomodação a seus termos antes da adjudicação do objeto e sem que se prejudique a atribuição de tratamento isonômico entre os licitantes.

§ 1º A verificação da efetividade dos lances ou propostas poderá ser feita exclusivamente em relação aos lances e propostas mais bem classificados.

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, na forma do inciso V do caput .

§ 3º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, consideram-se inexequíveis as propostas com valores globais inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

I - média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor do orçamento estimado pela empresa pública ou sociedade de economia mista; ou

II - valor do orçamento estimado pela empresa pública ou sociedade de economia mista.

§ 4º Para os demais objetos, para efeito de avaliação da exequibilidade ou de sobrepreço, deverão ser estabelecidos critérios de aceitabilidade de preços que considerem o preço global, os quantitativos e os preços unitários, assim definidos no instrumento convocatório.

Art. 57. Confirmada a efetividade do lance ou proposta que obteve a primeira colocação na etapa de julgamento, ou que passe a ocupar essa posição em decorrência da desclassificação de outra que tenha obtido colocação superior, a empresa pública e a sociedade de economia mista deverão negociar condições mais vantajosas com quem o apresentou.

§ 1º A negociação deverá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, permanecer acima do orçamento estimado.

§ 2º (VETADO).

§ 3º Se depois de adotada a providência referida no § 1º deste artigo não for obtido valor igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, será revogada a licitação.

Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

I - exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante;

II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

III - capacidade econômica e financeira;

IV - recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.

§ 1º Quando o critério de julgamento utilizado for a maior oferta de preço, os requisitos de qualificação técnica e de capacidade econômica e financeira poderão ser dispensados.

§ 2º Na hipótese do § 1º, reverterá a favor da empresa pública ou da sociedade de economia mista o valor de quantia eventualmente exigida no instrumento convocatório a título de adiantamento, caso o licitante não efetue o restante do pagamento devido no prazo para tanto estipulado.

Art. 59. Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá fase recursal única.

§ 1º Os recursos serão apresentados no prazo de 5 (cinco) dias úteis após a habilitação e contemplarão, além dos atos praticados nessa fase, aqueles praticados em decorrência do disposto nos incisos IV e V do caput do art. 51 desta Lei.

§ 2º Na hipótese de inversão de fases, o prazo referido no § 1º será aberto após a habilitação e após o encerramento da fase prevista no inciso V do caput do art. 51, abrangendo o segundo prazo também atos decorrentes da fase referida no inciso IV do caput do art. 51 desta Lei.

Art. 60. A homologação do resultado implica a constituição de direito relativo à celebração do contrato em favor do licitante vencedor.

Art. 61. A empresa pública e a sociedade de economia mista não poderão celebrar contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos à licitação.

Art. 62. Além das hipóteses previstas no § 3º do art. 57 desta Lei e no inciso II do § 2º do art. 75 desta Lei, quem dispuser de competência para homologação do resultado poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrentes de fato superveniente que constitua óbice manifesto e incontornável, ou anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, salvo quando for viável a convalidação do ato ou do procedimento viciado.

§ 1º A anulação da licitação por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, observado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º A nulidade da licitação induz à do contrato.

§ 3º Depois de iniciada a fase de apresentação de lances ou propostas, referida no inciso III do caput do art. 51 desta Lei, a revogação ou a anulação da licitação somente será efetivada depois de se conceder aos licitantes que manifestem interesse em contestar o respectivo ato prazo apto a lhes assegurar o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

§ 4º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo aplica-se, no que couber, aos atos por meio dos quais se determine a contratação direta.

## Seção VII

### Dos Procedimentos Auxiliares das Licitações

Art. 63. São procedimentos auxiliares das licitações regidas por esta Lei:

I - pré-qualificação permanente;

II - cadastramento;

III - sistema de registro de preços;

IV - catálogo eletrônico de padronização.

Parágrafo único. Os procedimentos de que trata o caput deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento.

Art. 64. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar:

I - fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos;

II - bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

§ 1º O procedimento de pré-qualificação será público e permanentemente aberto à inscrição de qualquer interessado.

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão restringir a participação em suas licitações a fornecedores ou produtos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento.

§ 3º A pré-qualificação poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.

§ 4º A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.

§ 5º A pré-qualificação terá validade de 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo.

§ 6º Na pré-qualificação aberta de produtos, poderá ser exigida a comprovação de qualidade.



§ 7º É obrigatória a divulgação dos produtos e dos interessados que forem pré-qualificados.

Art. 65. Os registros cadastrais poderão ser mantidos para efeito de habilitação dos inscritos em procedimentos licitatórios e serão válidos por 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizados a qualquer tempo.

§ 1º Os registros cadastrais serão amplamente divulgados e ficarão permanentemente abertos para a inscrição de interessados.

§ 2º Os inscritos serão admitidos segundo requisitos previstos em regulamento.

§ 3º A atuação do licitante no cumprimento de obrigações assumidas será anotada no respectivo registro cadastral.

§ 4º A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro do inscrito que deixar de satisfazer as exigências estabelecidas para habilitação ou para admissão cadastral.

Art. 66. O Sistema de Registro de Preços especificamente destinado às licitações de que trata esta Lei reger-se-á pelo disposto em decreto do Poder Executivo e pelas seguintes disposições:

§ 1º Poderá aderir ao sistema referido no caput qualquer órgão ou entidade responsável pela execução das atividades contempladas no art. 1º desta Lei.

§ 2º O registro de preços observará, entre outras, as seguintes condições:

I - efetivação prévia de ampla pesquisa de mercado;

II - seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;

III - desenvolvimento obrigatório de rotina de controle e atualização periódicos dos preços registrados;

IV - definição da validade do registro;

V - inclusão, na respectiva ata, do registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do licitante vencedor na sequência da classificação do certame, assim como dos licitantes que mantiverem suas propostas originais.

§ 3º A existência de preços registrados não obriga a administração pública a firmar os contratos que deles poderão advir, sendo facultada a realização de licitação específica, assegurada ao licitante registrado preferência em igualdade de condições.

Art. 67. O catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela empresa pública ou sociedade de economia mista que estarão disponíveis para a realização de licitação.

Parágrafo único. O catálogo referido no caput poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja o menor preço ou o maior desconto e conterá toda a documentação e todos os procedimentos da fase interna da licitação, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento.

## CAPÍTULO II

### DOS CONTRATOS

#### Seção I

##### Da Formalização dos Contratos

Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado.

Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de cada etapa de execução, de conclusão, de entrega, de observação, quando for o caso, e de recebimento;

V - as garantias oferecidas para assegurar a plena execução do objeto contratual, quando exigidas, observado o disposto no art. 68;

VI - os direitos e as responsabilidades das partes, as tipificações das infrações e as respectivas penalidades e valores das multas;

VII - os casos de rescisão do contrato e os mecanismos para alteração de seus termos;

VIII - a vinculação ao instrumento convocatório da respectiva licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, bem como ao lance ou proposta do licitante vencedor;

IX - a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, as condições de habilitação e qualificação exigidas no curso do procedimento licitatório;

X - matriz de riscos.

§ 1º (VETADO).

§ 2º Nos contratos decorrentes de licitações de obras ou serviços de engenharia em que tenha sido adotado o modo de disputa aberto, o contratado deverá reelaborar e apresentar

à empresa pública ou à sociedade de economia mista e às suas respectivas subsidiárias, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como do detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao lance vencedor, para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo.

Art. 70. Poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

§ 2º A garantia a que se refere o caput não excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições nele estabelecidas, ressalvado o previsto no § 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo complexidade técnica e riscos financeiros elevados, o limite de garantia previsto no § 2º poderá ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato.

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato, devendo ser atualizada monetariamente na hipótese do inciso I do § 1º deste artigo.

Art. 71. A duração dos contratos regidos por esta Lei não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir de sua celebração, exceto:

I - para projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II - nos casos em que a pactuação por prazo superior a 5 (cinco) anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio.

Parágrafo único. É vedado o contrato por prazo indeterminado.

Art. 72. Os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes, vedando-se ajuste que resulte em violação da obrigação de licitar.

Art. 73. A redução a termo do contrato poderá ser dispensada no caso de pequenas despesas de pronta entrega e pagamento das quais não resultem obrigações futuras por parte da empresa pública ou da sociedade de economia mista.

Parágrafo único. O disposto no caput não prejudicará o registro contábil exaustivo dos valores despendidos e a exigência de recibo por parte dos respectivos destinatários.

Art. 74. É permitido a qualquer interessado o conhecimento dos termos do contrato e a obtenção de cópia autenticada de seu inteiro teor ou de qualquer de suas partes, admitida a exigência de ressarcimento dos custos, nos termos previstos na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

Art. 75. A empresa pública e a sociedade de economia mista convocarão o licitante vencedor ou o destinatário de contratação com dispensa ou inexigibilidade de licitação para assinar o termo de contrato, observados o prazo e as condições estabelecidos, sob pena de decadência do direito à contratação.

§ 1º O prazo de convocação poderá ser prorrogado 1 (uma) vez, por igual período.

§ 2º É facultado à empresa pública ou à sociedade de economia mista, quando o convocado não assinar o termo de contrato no prazo e nas condições estabelecidos:

I - convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados em conformidade com o instrumento convocatório;

II - revogar a licitação.

Art. 76. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados, e responderá por danos causados diretamente a terceiros ou à empresa pública ou sociedade de economia mista, independentemente da comprovação de sua culpa ou dolo na execução do contrato.

Art. 77. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à empresa pública ou à sociedade de economia mista a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º (VETADO).

Art. 78. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista, conforme previsto no edital do certame.

§ 1º A empresa subcontratada deverá atender, em relação ao objeto da subcontratação, as exigências de qualificação técnica impostas ao licitante vencedor.

§ 2º É vedada a subcontratação de empresa ou consórcio que tenha participado:

I - do procedimento licitatório do qual se originou a contratação;

II - direta ou indiretamente, da elaboração de projeto básico ou executivo.

§ 3º As empresas de prestação de serviços técnicos especializados deverão garantir que os integrantes de seu corpo técnico executem pessoal e diretamente as obrigações a eles imputadas, quando a respectiva relação for apresentada em procedimento licitatório ou em contratação direta.

Art. 79. Na hipótese do § 6º do art. 54, quando não for gerada a economia prevista no lance ou proposta, a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado.

Parágrafo único. Se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração do contratado, será aplicada a sanção prevista no contrato, nos termos do inciso VI do caput do art. 69 desta Lei.

Art. 80. Os direitos patrimoniais e autorais de projetos ou serviços técnicos especializados desenvolvidos por profissionais autônomos ou por empresas contratadas passam a ser propriedade da empresa pública ou sociedade de economia mista que os tenha contratado, sem prejuízo da preservação da identificação dos respectivos autores e da responsabilidade técnica a eles atribuída.

## Seção II

### Da Alteração dos Contratos

Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:

I - quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

II - quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

III - quando conveniente a substituição da garantia de execução;

IV - quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

V - quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

VI - para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial

do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

§ 1º O contratado poderá aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no § 1º, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º.

§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, esses materiais deverão ser pagos pela empresa pública ou sociedade de economia mista pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

§ 5º A criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, com comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração do contrato que aumente os encargos do contratado, a empresa pública ou a sociedade de economia mista deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

§ 7º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato e as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do contrato e podem ser registrados por simples apostila, dispensada a celebração de aditamento.

§ 8º É vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada.

### Seção III

#### Das Sanções Administrativas

Art. 82. Os contratos devem conter cláusulas com sanções administrativas a serem aplicadas em decorrência de atraso injustificado na execução do contrato, sujeitando o contratado a multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a empresa pública ou a sociedade de economia mista rescinda o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista ou, ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I e III do caput poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, devendo a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, ser apresentada no prazo de 10 (dez) dias úteis.

Art. 84. As sanções previstas no inciso III do art. 83 poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a empresa pública ou a sociedade de economia mista em virtude de atos ilícitos praticados.

### CAPÍTULO III

#### DA FISCALIZAÇÃO PELO ESTADO E PELA SOCIEDADE

Art. 85. Os órgãos de controle externo e interno das 3 (três) esferas de governo fiscalizarão as empresas públicas e as sociedades de economia mista e as relacionadas, inclusive aquelas domiciliadas no exterior, quanto à legitimidade, à economicidade e à

eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial.

§ 1º Para a realização da atividade fiscalizatória de que trata o caput, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessários à realização dos trabalhos, inclusive aqueles classificados como sigilosos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

§ 2º O grau de confidencialidade será atribuído pelas empresas públicas e sociedades de economia mista no ato de entrega dos documentos e informações solicitados, tornando-se o órgão de controle com o qual foi compartilhada a informação sigilosa corresponsável pela manutenção do seu sigilo.

§ 3º Os atos de fiscalização e controle dispostos neste Capítulo aplicar-se-ão, também, às empresas públicas e às sociedades de economia mista de caráter e constituição transnacional no que se refere aos atos de gestão e aplicação do capital nacional, independentemente de estarem incluídos ou não em seus respectivos atos e acordos constitutivos.

Art. 86. As informações das empresas públicas e das sociedades de economia mista relativas a licitações e contratos, inclusive aqueles referentes a bases de preços, constarão de bancos de dados eletrônicos atualizados e com acesso em tempo real aos órgãos de controle competentes.

§ 1º As demonstrações contábeis auditadas da empresa pública e da sociedade de economia mista serão disponibilizadas no sítio eletrônico da empresa ou da sociedade na internet, inclusive em formato eletrônico editável.

§ 2º As atas e demais expedientes oriundos de reuniões, ordinárias ou extraordinárias, dos conselhos de administração ou fiscal das empresas públicas e das sociedades de economia mista, inclusive gravações e filmagens, quando houver, deverão ser disponibilizados para os órgãos de controle sempre que solicitados, no âmbito dos trabalhos de auditoria.

§ 3º O acesso dos órgãos de controle às informações referidas no caput e no § 2º será restrito e individualizado.

§ 4º As informações que sejam revestidas de sigilo bancário, estratégico, comercial ou industrial serão assim identificadas, respondendo o servidor administrativa, civil e penalmente pelos danos causados à empresa pública ou à sociedade de economia mista e a seus acionistas em razão de eventual divulgação indevida.

§ 5º Os critérios para a definição do que deve ser considerado sigilo estratégico, comercial ou industrial serão estabelecidos em regulamento.

Art. 87. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo tribunal de contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando as empresas públicas e as sociedades de economia mista responsáveis pela demonstração da legalidade e da regularidade da despesa e da execução, nos termos da Constituição.



§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a ocorrência do certame, devendo a entidade julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 2º.

§ 2º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao tribunal de contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 3º Os tribunais de contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, a qualquer tempo, documentos de natureza contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias no Brasil e no exterior, obrigando-se, os jurisdicionados, à adoção das medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

Art. 88. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão disponibilizar para conhecimento público, por meio eletrônico, informação completa mensalmente atualizada sobre a execução de seus contratos e de seu orçamento, admitindo-se retardo de até 2 (dois) meses na divulgação das informações.

§ 1º A disponibilização de informações contratuais referentes a operações de perfil estratégico ou que tenham por objeto segredo industrial receberá proteção mínima necessária para lhes garantir confidencialidade.

§ 2º O disposto no § 1º não será oponível à fiscalização dos órgãos de controle interno e do tribunal de contas, sem prejuízo da responsabilização administrativa, civil e penal do servidor que der causa à eventual divulgação dessas informações.

Art. 89. O exercício da supervisão por vinculação da empresa pública ou da sociedade de economia mista, pelo órgão a que se vincula, não pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei específica que autorizou a criação da entidade supervisionada ou da autonomia inerente a sua natureza, nem autoriza a ingerência do supervisor em sua administração e funcionamento, devendo a supervisão ser exercida nos limites da legislação aplicável.

Art. 90. As ações e deliberações do órgão ou ente de controle não podem implicar interferência na gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista a ele submetidas nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas.

### TÍTULO III

#### DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.

§ 1º A sociedade de economia mista que tiver capital fechado na data de entrada em vigor desta Lei poderá, observado o prazo estabelecido no caput , ser transformada em empresa pública, mediante resgate, pela empresa, da totalidade das ações de titularidade de acionistas privados, com base no valor de patrimônio líquido constante do último balanço aprovado pela assembleia-geral.

§ 2º (VETADO).

§ 3º Permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no caput .

Art. 92. O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins manterá banco de dados público e gratuito, disponível na internet, contendo a relação de todas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Parágrafo único. É a União proibida de realizar transferência voluntária de recursos a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios que não fornecerem ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins as informações relativas às empresas públicas e às sociedades de economia mista a eles vinculadas.

Art. 93. As despesas com publicidade e patrocínio da empresa pública e da sociedade de economia mista não ultrapassarão, em cada exercício, o limite de 0,5% (cinco décimos por cento) da receita operacional bruta do exercício anterior.

§ 1º O limite disposto no caput poderá ser ampliado, até o limite de 2% (dois por cento) da receita bruta do exercício anterior, por proposta da diretoria da empresa pública ou da sociedade de economia mista justificada com base em parâmetros de mercado do setor específico de atuação da empresa ou da sociedade e aprovada pelo respectivo Conselho de Administração.

§ 2º É vedado à empresa pública e à sociedade de economia mista realizar, em ano de eleição para cargos do ente federativo a que sejam vinculadas, despesas com publicidade e patrocínio que excedam a média dos gastos nos 3 (três) últimos anos que antecedem o pleito ou no último ano imediatamente anterior à eleição.

Art. 94. Aplicam-se à empresa pública, à sociedade de economia mista e às suas subsidiárias as sanções previstas na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 , salvo as previstas nos incisos II, III e IV do caput do art. 19 da referida Lei .

Art. 95. A estratégia de longo prazo prevista no art. 23 deverá ser aprovada em até 180 (cento e oitenta) dias da data de publicação da presente Lei.

Art. 96. Revogam-se:

I - o § 2º do art. 15 da Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961 , com a redação dada pelo art. 19 da Lei nº 11.943, de 28 de maio de 2009;

II - os arts. 67 e 68 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 .

Art. 97. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 30 de junho de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

MICHEL TEMER

Alexandre de Moraes

Henrique Meirelles

Dyogo Henrique de Oliveira

Este texto não substitui o publicado no DOU de 1º.7.2016